# DE LA CLAUSE A ORDRE

## DANS LES ACTES CIVILS

# THESE

## DE DOCTORAT

présentée

ET SOUTENUE DEVANT LA

## FACULTE DE DROIT D'AIX

PAR


## AUGUSTE QUEIREL

AVOCAT

LAURÉAT DE LA FACULTÉ



MARSEILLE
IMPRIMERIE MÉRIDIONALE
119, Boulevard National, 119
—
1900

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547019_0005

# DE LA CLAUSE A ORDRE

## DANS LES ACTES CIVILS

# THÈSE
# DE DOCTORAT

présentée

ET SOUTENUE DEVANT LA

## FACULTE DE DROIT D'AIX

PAR


## AUGUSTE QUEIREL

AVOCAT

LAURÉAT DE LA FACULTÉ


ACAD. DOCTORAT QUEIREL

MARSEILLE
IMPRIMERIE MÉRIDIONALE
119, Boulevard National, 119
—
1900

A la Mémoire de mon Père

A ma Mère

A mes Oncles

le Docteur Queirel

le Docteur Jacques

à M. J. Bellier

A M. A. Gassend

à Monsieur le Professeur A. Bouvier-Bangillon

et à tous mes Maîtres

de la Faculté de Droit d'Aix

# THÈSE DE DOCTORAT

DE LA CLAUSE A ORDRE DANS LES ACTES CIVILS

## INTRODUCTION

Quand on se souvient que les créanciers Romains avaient le droit, qu'ils puisaient dans la loi des XII Tables, de réduire en esclavage leurs débiteurs malheureux, de les vendre, de les tuer et même, suivant la sauvage expression de cette loi, de les couper en morceaux pour se les partager entr'eux, il est facile de comprendre pourquoi les créances étaient alors immobiles et ne pouvaient circuler de main en main.

Une personne qui avait consenti à devenir débitrice de Primus, dont elle connaissait les sentiments humains et charitables, ne désirait en aucune façon se voir soudain obligée envers Secundus, réputé pour son âpreté à exécuter ses débiteurs ; et nulle transaction n'aurait pu avoir lieu si la loi n'avait consacré cette immobilité de la crèance.

Quand les mœurs s'adoucirent et qu'il n'y eut plus à craindre que les créanciers exerçassent leur droit dans la plénitude de sa rigidité, on donna des facilités pour la circulation des créances ; mais on ne heurta pas tout d'abord de front le principe ancien suivant lequel les personnes liées en vertu du contrat ne pouvaient se dégager de ces liens (1) ; on arriva en fait à transférer les créances par le moyen de la novation et de la *procuratio in rem suam*. Ce ne fut que plus tard,

(1) Bien entendu le contrat pouvait se dénouer par le paiement mais au nombre des causes d'extruction ne figurait pas la transmission de la créance, cette cession était inconnue.

au moyen âge que la cession fut permise, d'une façon absolument directe.

Mais, ainsi que nous le verrons en étudiant l'historique de la clause à ordre, on pouvait faire encore bien des progrès dans la construction de cette théorie de la cession des créances. La clause à ordre, sous des formes sans cesse perfectionnées jusqu'à nos jours, arriva à permettre le transfert des droits d'une façon particulièrement commode et simple ; au lieu de la signification, et plus tard de l'acceptation qui étaient requises pour que la cession fut opposable à tous, la clause à ordre fut employée et remplit le rôle de cette signification ou de cette acceptation.

De cette manière, et au moyen de cette clause, le débiteur, ainsi que nous le verrons, s'engageait non seulement envers le créancier, mais aussi envers le porteur futur du titre de créance, quel qu'il fût. De telle sorte que nous voyons s'établir une gradation entre les facilités que l'on a apportées au droit de transférer les créances, en même temps qu'une importance de moins en moins grande s'attache à la personnalité du créancier. Nous aurons à revenir sur cette idée dans le cours de nos explications et, pour ne point nous répéter, nous posons un renvoi.

Disons maintenant un mot du sujet de notre étude et exposons rapidement l'ordre dans lequel nous exposerons nos idées.

On sait que la cession des créances, pour être parfaite à l'égard des tiers, a besoin d'être acceptée par le débiteur dans un acte authentique. L'acte de cession peut aussi lui être signifié et cette signification rend de même la cession opposable à tous (art. 1690 c. civ.). Or, si le titre de créance contient la clause à ordre, s'il s'agit par exemple d'un billet à ordre, l'acceptation ou la signification devient inutile, et le titre cédé par l'endossement est cédé à l'égard de tous sans l'accomplissement de ces formalités.

Les titres à ordre sont énumérés par la loi, d'une façon que les uns soutiennent limitative et les autres affirment être seulement énonciative : l'opinion unanime des auteurs et de la jurisprudence a d'ailleurs décidé que la clause à ordre peut

être insérée dans d'autres actes, ce qui déjà indique que l'énumération des actes donnée par la loi n'est pas limitative. C'est l'opinion que nous soutiendrons. Nous nous attacherons à démontrer, avec la jurisprudence et la majorité des auteurs, que la clause à ordre peut être insérée dans toutes sortes d'actes, civils ou commerciaux, et que ce n'est pas seulement cette seconde catégorie d'actes qui est susceptible de recevoir cette clause, ainsi que le soutient un parti parmi les auteurs.

Voici maintenant une table des matières de notre étude :

Trois titres.

Titre. I[er]. La clause à ordre telle qu'elle est.

— Chapitre I[er]. Nature de la clause (mécanisme visible et nature intrinsèque.)

— Chapitre II. Effets de la clause.

Titre II. La clause à ordre dans le passé et l'avenir.

Section première. Historique de la clause.

On s'étonnera peut être que nous présentions l'historique de la clause à ordre après l'étude de cette clause telle qu'elle est réglée actuellement. Mais nous avons préféré parler d'abord de la clause à ordre à un point de vue qui intéresse plutôt le praticien actuel pour l'étudier ensuite au point de vue historique et rétrospectif et préparer ainsi la section deuxième de notre titre II où nous l'étudierons au point de vue qui intéresse surtout le législateur de l'avenir.

Section deuxième. Extension de la clause avec trois chapitres répondant aux diverses objections théoriques et un appendice répondant à une objection spéciale tirée de la pratique.

Titre III. Transmission au moyen de l'ordre et de l'endossement des sûretés réelles qui garantissent la créance.

# TITRE PREMIER

## La clause à ordre telle quelle est

### CHAPITRE PREMIER

*De la Nature Juridique de la clause à ordre*

#### § 1er MÉCANISME DE LA CLAUSE.

Qu'est-ce que la clause à ordre ? C'est celle par laquelle on convient qu'un titre de créance sera payable à ordre, c'est-à-dire que celui qui aura le droit de disposer du titre renfermant cette clause pourra ordonner à une autre personne, le débiteur, de payer le montant de l'effet à un individu non encore déterminé. Faisons l'application de cette définition. Voici un billet à ordre ainsi conçu : « Paris le 1er août 1900. B.P.F. 10.000. A la date du « 1er février 1901, je promets payer à Pierre, *ou à son ordre*, la « somme de 10.000 francs, valeur reçue en marchandise. Signé : « Paul. » Qu'entend-on par là ? que Paul s'engage à payer le 1er février 1901 la somme de 10.000 francs à Pierre, ou à la personne entre les mains de laquelle celui qui aura le droit de disposer du billet, lui aura donné l'ordre de se libérer. Si le billet n'a pas circulé, si Pierre l'a gardé dans son portefeuille, il le présentera à Paul, qui devra payer comme ayant promis à Pierre lui-même ; si Jean, que nous supposerons nanti en second lieu du billet, se présente pour en encaisser le montant, et justifié d'une certaine manière que c'est à lui que Paul, en vertu de l'ordre qu'a reçu ce

dernier, doit le payer, Paul devra encore s'exécuter, parce qu'il s'est engagé à se libérer entre les mains de Pierre « ou à son ordre », c'est-à-dire « à son commandement » et à la personne entre les mains de qui Pierre, qui avait incontestablement le droit de disposer du billet, lui a donné « l'ordre » de se libérer ; et lorsque Jean a reçu le billet, il a été, par la formule même par laquelle l'ordre a été donné, subrogé aux droits de Pierre, et l'effet peut passer aux mains d'une série d'individus qui, chacun à son tour, puisent dans cette formule, écrite en leur faveur en vertu de la clause à ordre, le droit et les moyens de faire circuler rapidement le billet.

Ici c'est Paul lui-même qui a déclaré qu'il paierait à la personne dénommée tout d'abord dans le billet, ou à son ordre ; les parties ont convenu de cela en vertu d'un contrat unilatéral ; dans la lettre de change, c'est le tireur qui invitera le tiré a payer au preneur ou à son ordre, et ce n'est que par l'acceptation que le tiré s'engagera par contrat à payer dans de semblables conditions. Pour le chèque, il n'y a pas même lieu à acceptation. « Le chèque, dit M. Thaller, n'est pas un instrument acceptable. « Cela tient à sa nature de titre à vue. Le tiré ne le revêtira pas « de sa signature . (1) » Le banquier, qui joue ici le rôle du tiré n'est pas engagé un seul instant dans un contrat par lequel il aurait promis d'acquitter le montant du chèque, ou plutôt, s'il s'engage, il se libère ou viole son engagement dans le même moment.

Le mot « ordre » a ici, nous le voyons, le sens de « commandement». On sait que, dans la langue du droit, il en a un autre et signifie : rang, « produire à l'ordre », « l'ordre des héritiers. » Mais ici, dans cette matière des effets de commerce, il a, disons-nous le sens de « commandement, d'invitation, de jussus.» L'art. 139 du C. de Commerce confirmerait au besoin cette manière de comprendre le mot « ordre », lorsqu'il nous dit : « Il est défendu d'antidater les ordres à peine de faux ». Les ordres, c'est-à-dire les endossements ou mieux les commandements donnés par les endossements (2).

---

(1). *Traité,* 5e Partie, Chapitre VIII, page 821.

(2) Voir un arrêt de cassation du 7 mai 1879 qui s'exprime ainsi «... l'endossement, qui manifeste l'ordre du créancier....» S. 1879 - I - 421.

Nous disions, il y a un moment, que le porteur doit justifier que c'est entre ses mains que le débiteur a reçu l'ordre de se libérer. Cette justification, il la fournit en présentant le titre, à la suite de la teneur duquel sont écrits les mots : « Payez à l'ordre de Jean » avec quelques autres mentions. Comme ces mots son placés en général au verso, au dos du titre, cette formule s'est appelée l'endos ; l'endossement est le fait de mettre l'endos sur le titre ; mais ces expressions sont devenues synonymes. On dit endosser un titre pour dire le transmettre, le négocier. Celui à qui il est ainsi endossé est dit endossataire. Cette expression commode n'a pas fait fortune, mais nous n'hésiterons pas à l'employer, car elle est précise et par suite parfaite pour la langue juridique.

Pierre était donc le bénéficiaire initial de l'effet ; il avait le droit d'en disposer, de le toucher ou de le céder. Par la formule de l'endossement, Jean en devient, à son tour le bénéficiaire, il pourra en user comme le pouvait son endosseur, il pourra le céder à son tour (1). Si le billet souscrit par Paul, au lieu d'être un billet à ordre, était un billet simple, Pierre pourrait bien le céder à Jean, mais à la condition, pour lui ou pour son cessionnaire de remplir les formalités de l'art. 1690 C. Civ. Ici grâce aux mots « à l'ordre de Pierre », ce dernier n'a qu'à donner à Paul l'ordre de se libérer entre les mains de Jean pour déléguer à ce dernier ses propres droits, et comme l'endos contient lui-même la clause à ordre, comme Paul reçoit l'invitation de payer à Jean ou à son ordre, la force d'impulsion donnée à la circulation du titre est infinie ; Jean pourra à son tour donner le même ordre à Paul en faveur de Bernard, et le billet pourra circuler sans arrêt. Si l'effet était au porteur, la simple tradition suffirait pour en transférer la propriété et Jean ou n'importe quel individu, pourvu qu'il présentât le titre, en encaisserait le montant.

Les mots, « à l'ordre de X.... », introduits dans un titre signifient donc en résumé que le débiteur devra payer à Pierre ou à la personne entre les mains de qui Pierre « lui donnera l'ordre » de se libérer, et cet ordre donné à Paul transférera au cessionnaire, au cas d'endossement régulier ou translatif, la pro-

(1) Au cas d'endossement translatif, ou régulier, bien entendu, car nous aurons à dire un mot sur l'endossement à titre de procuration et sur l'endossement à titre de gage.

priété de la créance, comme le ferait une cession civile, et d'une façon plus parfaite encore, ainsi que nous le verrons.

## § II. — Nature de la clause.

Nous connaissons maintenant la clause à ordre au point de vue de son mécanisme, nous savons ce que c'est que l'ordre et l'endossement qu'il permet, et comment fonctionnent ces deux institutions. Mais quelle est la nature des diverses opérations que nous avons essayé d'analyser ? Peut-on rattacher l'ordre et l'endossement à un groupe d'institutions juridiques, ou bien, au contraire, ces deux institutions sont-elles absolument isolées, n'ont-elles de ressemblance avec aucune autre et devra-t-on renoncer a les classer parmi celles que l'on connaît déjà. Les nécessités de la pratique devront-elles suffire pour justifier l'existence de la clause à ordre, et sera-t-on obligé alors d'ouvrir pour elle un chapitre nouveau ?

Avant d'étudier la nature de la clause à ordre, établissons le rôle du tiré et du tireur dans la lettre de change, type des effets de commerce. Nous allons voir que cela nous permettra de ramener tout acte à ordre à un type unique, celui du billet à ordre. Nous n'aurons ainsi qu'à étudier l'ordre dans ce dernier effet pour connaître la nature de la clause qui nous occupe.

Dans la lettre de change, le rôle joué par le tiré, lorsqu'il accepte la traite, est double. Il joue un rôle : 1° envers le porteur, 2° envers le tireur.

1° A l'égard du porteur.

Au moment où le tiré entre en scène par l'acceptation, il peut être assimilé au souscripteur d'un billet. A ce moment, par le fait qu'il écrit le mot « accepté », suivi de sa signature sur la lettre, on peut dire que le tiré souscrit un billet à ordre au profit de celui qui présente l'effet à son acceptation, ou à l'ordre de cette personne.

2° A l'égard du tireur.

En promettant de payer cette somme à celui qui sera porteur de

l'effet au moment de l'acceptation, ou à son ordre, il s'engage au profit du tireur dans les liens d'un contrat de mandat. (1)

Par la souscription du billet à ordre, il y a engagement de payer une somme d'argent au bénéficiaire de ce billet ou à celui à qui le titre sera endossé. Par l'acceptation d'une lettre de change, on promet de même de payer une somme d'argent à celui qui sera nanti du titre au moment de l'acceptation ou à son ordre, et, par le fait même, l'on s'engage de plus à exécuter au profit du tireur un contrat de mandat.

Mais si le tiré s'engage envers le tireur, il ne s'engage pas « à son ordre ». Il ne s'engage dans un contrat de mandat qu'envers le tireur seul. Le tireur ne donnera jamais d'ordre, il n'endossera jamais le titre (2). La clause à ordre est donc ici hors de question. Par conséquent, pour l'étudier, nous pouvons faire abstraction du contrat passé entre l'accepteur et le tireur et nous demander seulement quel est l'acte juridique qui intervient lorsque le promettant s'engage envers le porteur par l'acceptation, ou qu'il souscrit le billet à ordre, ce qui est la même chose, ainsi que nous l'avons vu.

Voilà donc déjà deux actes réunis en un seul, ramenés à un seul type. Continuons.

L'acceptation n'est pas le seul acte « à ordre » qui se rencontre dans la lettre de change. Un autre acte juridique « à ordre » se passe entre le tireur et le preneur. Le tireur promet que le tiré payera au preneur ou à son ordre, il en prend l'engagement, il s'en porte fort ; la preuve en est dans le recours que le porteur non payé peut exercer contre lui. Il promet de payer lui-même à défaut de paiement par le tiré. Il s'engage donc, soit à procurer un engagement, soit à l'exécuter lui-même, et il s'y engage « à ordre », c'est-à-dire qu'il le promet à quiconque sera nanti du titre par endossement. Mais, quel que soit l'objet de cette promesse, peu importe, il nous suffit quelle soit « à ordre » pour que nous puissions l'assimiler, au point de vue de la clause qui nous occupe,

(1) Voir en sens contraire : THALLER, *traité*, 5e partie N° 1359.

(2) Quelquefois le tireur endosse la lettre. Est-ce à dire que ce que nous prétendons est inexact ? Nullement. Quand le tireur endosse la lettre, c'est qu'il l'a tirée à son propre ordre, et alors il l'a établie à son profit, se considérant un moment comme preneur. Il se l'est remise à lui-même comme à un premier preneur. C'est alors comme preneur et non comme tireur qu'il endossera l'effet.

aux promesses dont nous venons de parler, du tiré acceptant la traite ou du débiteur souscrivant le billet. L'objet seul de l'obligation est changé. Cet engagement est donc lui aussi ramené au premier type (1).

Nons pouvons donc répéter ce que nous disions plus haut et admettre que l'acte juridique à étudier pour connaître la nature de la clause à ordre est celui passé entre le souscripteur d'un billet à ordre et le bénéfiéiaire de ce titre. C'est à ce type qu'il faut ramener les divers actes « à ordre ».

Il existe deux écoles sur le point de savoir quelle est la nature du titre à ordre, l'école française et l'école allemande. Nous commencerons par cette dernière pour etudier ensuite l'école française à laquelle nous nous rallierons.

### A.— Ecole Allemande

L'école Allemande est dominée par un principe particulièrement curieux et qui est bien dans le génie germanique. Quel que soit le système de chaque auteur, ils ajoutent tous à leurs théories quelque chose que M. Thaller traite avec raison de « note métaphysique ». Ce principe est le suivant : d'après eux, le titre à ordre aurait un caractère réel ou abstrait, c'est à-dire que le titre aurait un caractère qui le rapprocherait d'une chose, « res », d'un objet quelconque circulant de la main à la main. Dans l'antiquité Romaine, la créance était immobile, ne circulait pas du tout ; ensuite elle a commencé à se mouvoir avec inquiétude et difficulté ; plus tard sa circulatiou est devenue plus rapide et plus aisée, le

(1) «Le tireur contracte une promesse «sui generis» consistant à procurer au « preneur, du chef d'une personne dénommée, une certaine somme. La lettre « de change repose sur une dette du tireur. Le tireur, pour commencer, est le « principal et même le seul débiteur. Il pourra devenir par la suite débiteur « accessoire, mais alors même, il restera tenu aussi longtemps que la lettre ne sera « point payée, sauf les tempéraments tenant à la prescription ou à la négligence « du porteur et qui reduisent la valeur de son engagement. » THALLER *traité* « 5e partie. Ch. Ier N° 1359 in fine. Cf. DEBRAY Clause à ordre, page 175.

Il n'est pas de l'essence de l'obligation à ordre d'être de payer de l'argent. « L'obligation à ordre, dit Pardessus (contrat de change n° 500) pourrait être de « payer du blé, des marchandises, des denrées. — Et, d'ailleurs, les ordres de « livraison, et les factures à ordre sont de véritables lettres de change en « marchandises. »

En Italie nous trouvons un titre de change en marchandises, l'ordre en denrées. Il doit déterminer l'époque de la consignation, faute de quoi il perd son caractère de titre de change ; il doit contenir la dénomination d'ordre en denrées. A l'échéance, si le porteur laisse les marchandises là où elles se trouvent, elles restent à son compte et à ses risques.

« nomen » s'est rapproché de plus en plus de la « res » que l'on vend, que l'on achète, que l'on donne. Enfin, avec les titres à ordre et surtout avec les titres au porteur, l'assimilation à, d'après ces auteurs, été encore plus complète entre la créance et la chose. Voilà pourquoi l'on dit que le titre à ordre à le caractère d'une chose, le caractère réel.

En disant que le titre à ordre a le caractère abstrait, on complète l'idée. Le caractère abstrait du titre consisterait, en effet, en ceci : Quand, pour l'existence d'un acte, la rédaction d'un écrit est exigée, (et c'est le cas pour les actes à ordre), ce titre est constitutif du droit et après sa rédaction, l'histoire de l'acte s'arrête. L'écrit rédigé commence une vie propre, indépendante de l'acte qu'il constate, produisant des effets par lui-même et par sa seule force, tandis que cet acte n'en produit plus. C'est le titre écrit qui devient tout à la place du contrat qui n'est plus rien. L'acte abstrait, constitué par le titre, est détaché de la cause du *negocium juridicum* que représente ce titre. Si celui-ci est entaché de nullité par suite de certains vices, peu importe, les effets négatifs, destructifs que produit un acte nul ne se produiront pas, l'acte sera valable. L'acte abstrait est à l'abri des vices de la convention qu'il constate. Ainsi est édifiée et justifiée la conséquence connue sous le nom d'inopposabilité des exceptions sur laquelle nous aurons à revenir. C'est comme si, sur un arbre attaqué par la maladie, on détachait une branche encore saine qui représentera la plante et la reproduira quand on l'aura plantée sur un sol différent à l'abri de la maladie qui dévore le tronc. « Il y a « ici, dit M. Thaller, une convention strictement unilatérale, de la « même famille que l'ancienne stipulation, où le juge ferme entière- « ment les yeux aux raisons concrètes qui ont déterminé la mise « en présence des deux intéressés, ne peut balancer la réclamation « de l'un par la reconvention de l'autre, contrat tirant toute sa « force d'un certain rituel écrit. Dans ce rituel, chacun a son « rang suivant la place où il signe et quand il s'élèvera un pro- « cès sur le titre, c'est dans le titre seul, sans en sortir, sans rien « emprunter aux principes dirigeants du droit civil ou de tel « contrat spécifié que les magistrats trouveront les raisons déci- « soires. Cela seul jette une note claire sur le champ d'études. « Evidemment....., nos deux opérateurs ont commencé

« par nouer un contrat concret, une vente, un prêt qui, par lui-
« même et jusqu'à nouvel ordre, obéissait au droit commun des
« obligations. Mais sur ce contrat s'en est formé ensuite un
« autre, d'essence différente, contrastant même avec le premier
« dans son tour d'ensemble et dans ses éléments généra-
« teurs..... Que de fois les Romains de l'époque clas-
« sique n'employaient-ils pas la stipulation comme un récipient
« de transfusion d'une dette débile, exposée à tous les contredits
« de l'équité, en une dette virile, parlant haut, ennemie des
« adoucissements (1).

Une fois détaché ainsi de sa cause, le titre, dit-on, se rapproche beaucoup du billet de banque qui circule comme une chose mobilière ; les conventions antérieures disparaissent devant le titre qui devient comme de la monnaie ; et il y a ainsi identité entre l'idée de l'élément réel et celle de l'acte abstrait.

Cette théorie ne nous paraît pas admissible. Essayons de faire ressortir ce qu'elle a d'inacceptable.

Une chose corporelle, qui n'aura été, bien entendu, ni perdue ni volée, mais qui se trouve sans droit entre les mains d'un porteur de bonne foi, ne peut être revendiquée. Elle circule abstraction faite de la cause et des circonstances qui l'ont enlevée au légitime propriétaire. C'est parfait, et à cet égard, au point de vue de la circulation, le billet de banque et le titre au porteur sont absolument dans les mêmes conditions, ils sont parfaitement assimilables à un objet corporel quelconque. Mais, même à ce point de vue, le titre à ordre ne peut être assimilé à cet objet, il tient une place intermédiaire entre le titre au porteur et le titre nominatif, plus rapproché de l'objet corporel que le titre nominatif, il ne lui est pas aussi semblable que le titre au porteur, il s'en faut même de beaucoup. Si un titre au porteur se trouve, sans avoir été ni perdu ni volé, entre les mains d'un tiers qui s'en croit de bonne foi légitime propriétaire parce qu'il a cru l'acquérir du *verus dominus*, ce tiers de bonne foi est à l'abri de la revendication. Pourquoi ? parce que dans le titre au porteur, en lui-même et en lui seul, rien ne vient révéler au public sa provenance. C'est un titre qui ne proteste pas par lui-même. Il en sera

(1) Annales de Droit Commercial, 1891, page 272.

exactement comme d'un objet corporel quelconque dans lequel rien ne révèle à qui il appartient. Mais s'il s'agit d'un titre à ordre, le titre protestera et par lui même désignera son propriétaire : revêtu de l'endossement, il ne peut appartenir qu'à celui au nom de qui il est endossé ; la différence est capitale entre cet effet et le précédent ou l'objet corporel. Au point de vue de la circulation d'un titre à ordre, d'ailleurs régulièrement émis, on ne peut donc faire d'assimilation entre ce titre et l'objet mobilier.

Et si l'on envisage maintenant le titre de créance au point de vue de son émission, de sa création, ce ne sera pas seulement le titre à ordre qui différera des choses ordinaires, ce sera aussi le titre au porteur, le billet de banque et la monnaie elle-même. Voici un chèque au porteur émis par un faussaire. Ce titre est vicié dans son émission, dans sa création. Légalement et juridiquement il ne pourra pas circuler.

Cette théorie de l'acte réel ou abstrait ne nous paraît donc pas juste. Quelle que soit la part qu'une législation positive fasse à ce système, quelle que soit la faveur avec laquelle elle l'accueille, elle n'en est pas moins, à nos yeux, antijuridique (1).

---

(1) Nous extrayons du Code civil allemand, en vigueur depuis 1900, les articles suivants qui montrent la part faite à l'idée de l'acte réel.

ART. 780. — Pour la validité d'un contrat par lequel on a promis une prestation de manière que la promesse doive fonder par elle seule l'obligation (promesse de dette), un titre écrit de cette reconnaissance est nécessaire lorsqu'une autre forme n'a pas été prescrite. Si une autre forme est prescrite pour l'établissement de la dette dont l'existence est reconnue, le contrat de reconnaissance doit revêtir cette forme.

ART. 781. — Pour la validité d'un contrat par lequel on a reconnu l'existence d'une dette (reconnaissance de dette), il faut un titre écrit de reconnaissance.

ART. 782. — Lorsqu'une promesse de dette ou une reconnaissance ont été données en vertu d'un compte ou par voie de transaction, il n'y a pas besoin d'observer les formes prescrites par les articles 780 et 781.

« Le Code allemand, dit M. Raoul de la Grasserie, juge au tribunal de pre-
« mière instance de Rennes, dans son introductioa au Code civil allemand,
« établit deux contrats inconnus de notre droit, la promesse et reconnaissance
« de dette, et l'assignation. Le premier surtout est très curieux. On peut s'en-
« gager purement et simplement en faisant abstraction de toute cause, cet
« engagement est comme le sol commun auquel viennent aboutir tous les con-
« trats. Il existait en droit romain dans la stipulation dont on avait retranché
« l'élément formateur d'ordinaire : la cause naturelle. Ici, la promesse a une
« cause, mais on en fait abstraction. »

Au sujet du titre au porteur, voici deux textes du même code :

ART. 793. — Lorsque quelqu'un émet un titre par lequel il promet une prestation au porteur de ce titre (titre au porteur), celui-ci peut lui demander une prestation conforme à la promesse, à moins qu'il n'ait pas le droit de dispo-

Ihering explique que la forme est à l'engagement ce que l'empreinte est à la monnaie, les solennités qui entourent la rédaction de l'acte à ordre sont comme l'empreinte qui transforme le lingot dont il faudrait vérifier le poids et le titre en une pièce que l'État certifie être de bon aloi. La formule de l'acte abstrait épure et rajeunit la créance, elle lui donne une valeur nouvelle certifiée par la signature.

Cela nous paraît un rêve dans lequel il est bien difficile de se retrouver et dont il est malaisé de donner une explication satisfaisante. Il n'y a, d'après nous, de vrai et de scientifique que le système qui donne pour base aux actes juridiques la volonté des parties. Nous ne voulons pas, comme le veulent les partisans de l'acte abstrait ou réel, voir dans l'acte à ordre un acte dans lequel l'élément matériel absorbe l'élément intellectuel. Nous n'établissons pas de différence entre les titres à ordre et les titres de créance à personne dénommée. Il n'y a pas, dans leur nature première, de différence entre les actes à ordre et les autres actes, ils relèvent uniquement de la volonté des parties qui se manifeste de telle ou telle façon. Si la volonté des contractants n'était pas tout, le titre serait quelque chose et pour si peu qu'il fût, étant par lui-même, il serait vivant, animé. Et les Allemands n'ont pas répudié cette conséquence extrême de leurs théories. Un auteur, Volkmar, admet la théorie de la personnification : le titre est créancier et le créancier n'est que son représentant ! A lui seul un tel résultat réfute la théorie dont il découle.

---

ser du titre. Le souscripteur est cependant libéré même par la prestation faite au porteur qui n'avait pas le droit de disposer.

La validité de la signature peut être soumise á l'observation d'une forme spéciale indiquée dans l'acte. Pour cette signature, une reproduction par un moyen mécanique suffit.

ART. 794. — Le souscripteur est obligé par le titre au porteur même lorsqu'il lui a été volé ou qu'il a été perdu ou qu'il a été mis en circulation sans son consentement. — La validité d'une obligation au porteur n'est pas détruite par ce fait que le titre a été mis en circulation depuis le décès ou l'incapacité survenue du souscripteur.

« L'obligation au porteur, dit M. Raoul de la Grasserie *(eod loc.)*, est dans le « même ordre d'idées (que la promesse de payer). Le code allemand en fait un « contrat, il est encore plus abstrait que le précédent..... Le contrat devient..... « doublement abstrait, par l'élimination de sa cause et par l'indétermination « du créancier lui-même. Le souscripteur est tenu même si le titre a été mis « en circulation malgré son consentement ou depuis son décès ou son incapa- « cité survenue. »

Tout ceci semble avoir peu de rapport avec notre question puisque l'on ne

Le titre à ordre circule plus facilement que la créance ordinaire ; mais c'est la volonté des parties qui lui donne cette facilité plus grande de circulation et non un caractère et une essence particuliers. La créance ordinaire, circule aussi, elle n'a pourtant, de l'aveu même de nos adversaires, rien de réel, ni d'abstrait ; elle est plus lente dans ses mouvements, voilà tout, mais sa constitution fondamentale est la même que dans les actes à ordre ou au porteur. Qu'on en juge ! Ihering assimile le titre à ordre à la monnaie. Mais le titre à ordre n'est pas plus un objet corporel que le billet de banque ou la monnaie qui circulent pourtant avec une rapidité et une facilité parfaites. Sans les engagements de la Banque, le papier émis par elle n'aurait absolument aucune valeur, il ne circulerait plus. Et la monnaie elle-même, qui pourtant est la garantie sur laquelle table la confiance des porteurs de billets de banque, que deviendrait-elle, si, par une circonstance quelconque, découverte de mines considérables, ou tout autre événement, elle ne parvenait plus à procurer la satisfaction des besoins de l'humanité. Trop abondante, en effet, elle perdrait toute sa valeur, car elle n'a de valeur que par le consentement tacite, mais certain, de tous les hommes à accepter cette monnaie en échange des objets que l'on désire se procurer.

Le consentement disparaître ! Le titre absorber et purifier la cause ! Mais ce consentement est absolument indispensable. S'il n'existe pas, le titre n'est rien. Voici un billet de banque faux,

---

parle que de l'acte au porteur ou d'un acte (la reconnaissance ou promesse de dette) qui n'est ni à ordre ni au porteur. Mais il faut savoir que les Allemands confondent, au point de vue de la nature du titre, les actes à ordre et les actes au porteur. Dans la lettre de change allemande qui, elle, peut être à ordre, on retrouve le même caractère abstrait que nous venons de trouver dans le titre au porteur et dans le contrat de reconnaissance ou promesse de dette. « La « théorie de la provision disparaît (dans la lettre de change allemande). Ce « serait sortir du titre et se livrer à une investigation de fond que de rechercher « si le tireur était créancier du tiré et ce qu'il advient de cette créance : la « théorie, dans son ensemble, n'admet point cette incursion dans un domaine « qui est étranger à la forme du titre. » (THALLER, *Traité*, 5e partie, n° 1319, f.). Dans cet acte à ordre que peut être la lettre de change allemande, les Allemands ont donc bien consacré la théorie de l'acte abstrait, renfermé, transformé dans le titre qui est le seul dossier où le juge trouvera les raisons décisoires.

Dans le contrat de promesse de dette, le débiteur peut cependant faire annuler son engagement, s'il prouve l'existence d'une cause illicite ou l'erreur sur l'existence d'une dette ou sur l'arrivée d'une condition. Tant il est difficile de s'affranchir de théories aussi nécessaires et logiques que celles qui découlent de la conception de la cause !

la banque ne s'est point engagée à le recevoir ; une pièce de monnaie fausse, le public, s'il en est informé, refusera de l'accepter ; le consentement de la banque, du public n'existe donc pas. Et qu'adviendra-t-il de ce titre à la base duquel le consentement n'est pas. C est bien simple. Le juge d'instruction fera arrêter le faussaire et saisir le corps du délit qui, pour le coup, ne circulera plus, dénué de cause qu'il est.

Nous ne pouvons admettre la théorie des actes abstraits ou, comme on dit encore, constitutifs des droits. Il y a bien des actes solennels, c'est-à-dire des actes dans lesquels les formalités requises le sont pour l'existence même de l'acte juridique, mais il n'y a pas d'actes abstraits, constitutifs de droits nouveaux par suite d'une formalité, de la rédaction d'un écrit par exemple. La donation, l'hypotèque, le contrat de mariage, la lettre de change sont des actes solennels. Sans la rédaction par devant notaire pour les trois premiers, sans la rédaction conforme à l'article 110 du Code de Commerce pour le quatrième, non seulement l'acte juridique ne peut être prouvé, mais il n'existe même pas. *Forma dat esse rei*. *Esse* : d'être. La forme donne à l'acte : d'être, d'exister. Mais ces actes ne sont pas abstraits, constitutifs de droits, ils n'affranchissent pas des causes intrinsèques de ruine la convention à laquelle ils donnent la vie. Les formalités requises sont nécessaires pour leur existence, mais ne sont pas suffisantes pour les préserver de quelque cause de nullité qui les vicierait en eux-mêmes. Voici un contrat de donation. Il faut, pour qu'il existe, que ce contrat soit rédigé par devant notaires ; mais supposons que le donateur soit incapable. La rédaction par devant notaires ne guérira pas le contrat de la nullité dont il est atteint.

Voilà la différence entre l'acte solennel et l'acte constitutif, ce dernier revivifiant avec une sorte d'hypocrisie le contrat pourtant invalable qu'il constate et constitue, et surprenant le débiteur qui se trouve valablement lié alors qu'il ne s'est pas valablement engagé ; tandis que le premier n'a point cette dangereuse force, et qu'il protège au contraire, par sa solennité même, le promettant dans l'expression de sa volonté.

C'est dire que la formalité à elle seule, n'influe ni en bien, ni en mal, sur les effets produits par la volonté.

M. Thaller, dans le passage que nous avons cité, (1) nous parle de l'acte à ordre comme d'un acte qui serait le réceptacle de transfusion, la résultante de contrats antérieurs, et dans lequel seul le juge, fermant les yeux aux raisons concrètes qui ont amené contractants en présence l'un de l'autre, doit puiser les raisons décisoires, sans pouvoir balancer la réclamation du premier par la reconvention au second. C'est dire que cet acte est constitutif de droits.

Nous ne pouvons admettre cette théorie. Ce que nous admettons, c'est la novation classique, mais alors ce ne sera pas seulement l'acte à ordre qui pourra arriver à ce résultat. Par lui-même et par sa nature seule il n'y arrive pas, il n'a aucun caractère novatoire. Mais, comme tout autre convention, il peut arriver à nover un contrat si toutes les conditions nécessaires à la novation se trouvent réunies. Deux individus peuvent convenir que toutes leurs conventions antérieures se fondront et disparaîtront dans un billet à ordre que souscrira celui qui, tout compte fait, restera redevable à l'autre. Mais le titre à personne dénommée peut, lui aussi, remplir parfaitement ce but. On peut convenir que toutes les sommes dûes par le débiteur au créancier formeront un tout dont on va dresser un état unique, un titre qui sera à personne dénommée. Les engagements nouveaux, quels qu'ils soient, sont constatés par un écrit qui peut être ou non à ordre. Le contrat de change, comme tout contrat, peut arriver à ce résultat ; or la lettre de change ne fut pas tout d'abord à ordre et, en droit allemand actuel, elle peut être encore à personne dénommée.

En sens inverse, il peut y avoir des actes à ordre qui ne seront pas rédigés à la suite d'une convention destinée à remplacer à elles seules, plusieurs autres conventions ; le billet à ordre peut fort bien intervenir pour constater un prêt consenti par quelqu'un qui n'a jamais été en relations d'affaires avec l'emprunteur. Et si le prêt est consenti à un taux usuraire, quand le prêteur, en supposant que le titre n'ait pas circulé, viendra réclamer le paiement des intérêts exagérés qu'il a stipulés, le débiteur pourra lui en opposer la nullité, ce qui serait impossidle si le titre était assimilable,

(1) p. 17 et 18.

comme le prétend M. Thaller, aux anciens contrats de droit strict romains.

En droit positif allemand, on a fait la part belle à cette théorie de l'acte abstrait, mais nos textes français n'ont pas franchi cette distance. Et nous ajoutons qu'ils ont bien fait. D'ailleurs le code allemand lui-même n'a pas osé aller jusqu'au bout, et déduire toutes les conséquences de son principe. L'acte est quelquefois annulable (*V. la note page 21*). C'est la meilleure preuve qu'une telle conception ne peut se soutenir. Le droit Romain l'avait compris et le prêteur avait pallié les conséquences rigoureuses résultant des contrats de droit strict.

Ainsi donc, quand un titre est exigé par la loi, il ne faut pas dire que ce titre est constitutif de droits. Les effets de la convention ne sont pas remplacés par les effets du titre ; c'est toujours la convention qui seule doit produire ses effets particuliers, et, que ces effets dussent être la ruine complète ou la nullité relative, l'acte écrit ne les empêcherait pas de se produire.

Seulement le rôle du titre qui intervient ensuite n'est pas toujours le même. Il est, dans certains cas, plus important que dans d'autres. Dans les actes où l'écrit n'intervient qu'*ad probationem*, il ne sert que comme moyen de preuve et peut être remplacé par l'aveu du débiteur ou le serment du créancier ; dans les actes ou il est rédigé *ad solemnitatem*, il est indispensable à l'existence même de la convention et aucun autre moyen de preuve ne peut établir que cette convention a été passée, parce la solennité requise est nécessaire à l'existence même du *negocium juridicum*. Dans cette circonstance, le rôle du titre est donc très important. Mais son importance ne va jamais au-delà. Même quand l'acte est solennel, le titre ne constitue pas le droit, il n'est en lui-même ni constitutif de droits ni novatoire. L'acte juridique que le titre constate ou auquel il donne l'existence restera exposé à toutes les causes de nullité qui le viciaient, si l'on ne trouve pas, en dehors de la théorie de l'acte abstrait, un moyen de le débarrasser de ces vices.

Résumons-nous. Il y a, à notre avis, deux grandes catégories de choses matérielles. Les unes ont une valeur par elles-mêmes, une valeur intrinsèque. Ce sont les choses-buts. Les autres n'ont qu'une valeur de convention, extrinsèque. Ces dernières sont les

choses-moyens. Ce sont la monnaie, le billet de banque, les titres au porteur, à ordre, à personne dénommée ; les premières sont toutes les autres choses. Les secondes n'ont de valeur qu'en vertu de la convention, et si l'on transfère les premières, on ne transfère pas les secondes, on ne transfère que les droits résultant de la convention qu'elles représentent ou à laquelle elles donnent l'existence, s'il s'agit d'actes solennels, on transfère le droit créé par la convention, on transporte la créance, plus ou moins facilement, selon qu'elle est à personne dénommée, à ordre ou au porteur, représentée par un billet de banque ou une pièce de monnaie. On veut, chez nos adversaires, assimiler le titre à ordre à une pièce de monnaie ; soit, mais il resterait à prouver que cette pièce de monnaie elle-même a une valeur autre qu'une valeur représentative ; or cela n'est pas, la pièce de monnaie du pauvre n'a de valeur que par l'engagement tacite du boulanger à lui donner du pain en échange. La voilà, la chose matérielle, la vraie, celle qui a sa valeur en elle-même, qui ne représente rien, qui n'est pas le moyen, mais le but : le pain, la denrée, ou l'objet quelconque que l'on veut obtenir (1).

Ces théories de l'élément réel et du caractère abstrait ont été inventées pour expliquer l'inopossabilité au cessionnaire des exceptions qui eussent pu être invoquées contre le cédent. Mais nous verrons qu'il n'est pas besoin pour cela de faire abstraction du concours des volontés et de ne regarder que l'écrit.

Les Allemands ont été séduits par la gradation insensible qui. du titre de créance ordinaire, conduit jusqu'au billet au porteur et à la monnaie. Ils ont cru pouvoir franchir une étape de plus et arriver jusqu'à l'objet matériel, assimiler encore plus les titres divers à une chose. Il n'en est rien. La monnaie et, à notre avis, assimilable à un titre de créance. C'est le titre aussi parfait, au point de vue de la facilité de circulation, que l'on voudra, mais

(1) Les choses qui sont un moyen peuvent, suivant la volonté des parties, devenir des choses qui seront un but. Au lieu de faire le commerce des blés ou des cafés, on peut faire le commerce des effets, des titres. Ici ces titres deviennent de la marchandise, but de la spéculation. En sens inverse, certains objets peuvent devenir une monnaie dans des circonstances particulières ; tel le sel dans certaines contrées : la chose-but se sera transformée en chose-moyen, suivant la volonté des parties. Mais sous le même rapport, comme on dit en philosophie, et au même moment, la chose moyen, la monnaie ne se confondra pas avec la chose-but, la marchandise.

ce n'est qu'un titre. On ne peut l'assimiler aux véritables objets matériels qui ont leur valeur en eux-mêmes, qui n'ont pas une valeur de convention, aux choses-buts.

Tous les partisans de la théorie de l'acte abstrait ne l'ont pas admise d'une façon absolue. Entre Volkmar qui soutient le système de la personnification et Thoel et Renaud qui hésitent à admettre la théorie allemande, il y a des degrés dans les diverses opinions. Mais, à notre avis, si l'on ne rejette pas complètement la théorie du caractère constitutif de droits des titres à ordre, pour si peu que l'on concède à la théorie de l'élément réel ou de l'acte abstrait, ou tombe dans le fantastique. Le titre à ordre devient alors en effet un être animé, ce que nous ne pouvons admettre.

Passons rapidement en revue les principales théories allemandes.

Les auteurs allemands peuvent être divisés en trois groupes : les uns admettent l'existence d'un contrat entre le souscripteur du titre et le bénéficiaire, de même qu'entre l'endosseur et l'endossataire; les autres substituent à ce « *contrat* », contrat unilatéral bien entendu, l'idée d'un simple «*engagement* « unilatéral. Il y a de plus un système intermédiaire, dit système de la *stipulation pour autrui.*

### a) SYSTÈMES CONTRACTUELS

Thoel et Renaud (1) admettent que l'obligation ne nait qu'au moment de la rédaction du titre, système qui cadre mal avec le caractère uniquement probatoire que ces auteurs donnent au titre. Mais cette obligation, d'après eux, était déjà en quelque sorte prête, le contrat existait déjà. C'est une contradiction, car, ou l'obligation existait déjà et alors elle ne nait pas au moment de la rédaction du titre ou elle n'existait pas, et alors pourquoi parler d'un contrat antérieur comme ils le font.

D'autres auteurs sont plus logiques. Ils rompent avec l'idée d'un contrat antérieur et admettent davantage la théorie de l'acte abstrait. Le contrat et matérialisé dans l'écrit. Mais cet écrit ne constitue pas

(1) THOEL, *Das Handelsrecht*, passim. RENAUD, *Das Wechselrecht*, p. 134.

l'engagement ; il constitue seulement l'offre de contracter. Cette offre est faite, d'après Brünner, (1) au premier preneur seul qui l'accepte par la prise de possession du titre et qui cède ses droits au preneur qui vient après lui. Il y aurait trois temps dans ces opérations juridiques. Le premier temps, c'est l'offre de contracter opérée par la rédaction matérielle du titre, le deuxième temps, c'est l'acceptation par la main-mise sur le titre. Nous allons trouver le troisième temps.

Le preneur subséquent acquiert bien en effet son droit par une cession, il l'acquiert du preneur précédent. Le droit joue donc un rôle important dans cette théorie, mais le titre joue quand même un rôle trop important. La transmission du droit est, en effet, liée à la transmission du titre, à l'acquisition du papier, valeur que le souscripteur crée, comme on bat une monnaie. La transmission de ce papier est le troisième temps. Le papier continue après à jouer son rôle, car sa détention permet l'exercice du droit envers le débiteur. Telle est du moins l'opinion. Mais il est bien évident que ce n'est pas parce que la possession, la détention du titre est nécessaire pour l'exercice du droit, que ce papier changera la nature de l'acte qu'il a constaté. Mais notre auteur voit dans cette détention un rôle actif joué par le papier, tout en donnant au droit le premier rang.

Goldschmidt (2) va encore plus loin. Brünner admettait bien une cession et l'on pourrait accepter sa théorie en la débarrassant de toute idée d'élément réel, car elle peut se concevoir sans cette idée. Goldschmidt au contraire mêle si intimément cette conception à son système que l'on ne peut que rejeter ce système sans le corriger. D'après lui il y a bien un contrat envers le preneur, mais en même temps il y a une offre faite en un seul bloc à tous les preneurs futurs, de telle façon qu'il n'y a plus à parler de droit cédé ; les preneurs subséquents n'ont qu'à adhérer à l'offre déjà faite ; le droit est de plus en plus relégué au second plan. L'offre matérialisée dans l'écrit constitue une monnaie lancée dans la circulation au profit de tous ceux qui viendront au titre par la suite. Une seule émission suffit, plus n'est besoin de parler

(1) Endemanns, *Handbuch*, II p. 1685, 190 et suivantes.

(2) Goldschmidt, Zeits, tome VIII, p. 325. Tome IX, p. 162. T. 28, p. 64. System des Handelsrechts T. I, p. 607.

de droit ni de cession du droit, ce qui donne une explication très simple de l'inopposabilité des exceptions, comme nous le verrons.

Brünner conservait l'idée de cession, partant celle de droit cédé et sa théorie pouvait reposer sur une base solide, une fois débarrassée de l'idée de l'élément réel. Au contraire cette idée est la base même de la théorie de Goldschmidt. Du moment qu'il repousse l'idée de cession, il rejette le droit au second plan et donne au titre une importance capitale.

Nous ne pouvons adhérer à cette théorie. D'ailleurs, comment admettre cet engagement ferme et complet par lui-même à l'égard des porteurs futurs. Il faut ou dire qu'il n'y a qu'un contrat passé avec le premier preneur, contrat par lequel on s'engage envers lui à payer entre ses mains ou entre les mains de celui à qui il passera l'ordre, ou bien décider qu'il y a à la fois contrat passé avec le preneur et avec le porteur futur et indéterminé.

Nous n'admettons donc pas la théorie de Goldschmidt, et à plus forte raison repousserons-nous celle que nous allons exposer.

### b) Système de l'engagement unilatéral

Dès la rédaction du titre à ordre naîtrait, d'après ce système, un engagement unilatéral, ferme et complet par lui-même. Cet engagement aurait lieu à l'égard du premier preneur comme à l'égard des preneurs subséquents. Goldschmidt admettait un contrat passé avec le premier preneur. Ici, ce contrat lui-même disparaît et l'engagement ferme et complet par lui-même du débiteur existe et au profit du premier preneur et au profit des preneurs subséquents. Comme l'engagement admis par Goldschmidt au profit de ces derniers seuls, celui dont nous parlons vaut par lui-même et par lui seul. Ce n'est pas un engagement offert subordonné à une acceptation, comme l'était celui admis par Brünner et par Goldschmidt au profit du premier preneur, et devenant un contrat dès l'acceptation, c'est un bien créé, pouvant tomber dans un patrimoine quelconque, inconnu de celui qui crée le titre, comme est inconnu de l'ouvrier qui confectionne un objet d'art, le futur propriétaire de cet objet. Peu importe donc

que la personne qui acceptera ensuite soit ou non déterminée ; l'engagement autonome du débiteur suffit lui-même à sa propre existence.

Toutes les variantes de ce système (Carlin, Worms), admettent que l'engagement s'incorpore dans le titre, objet matériel créé, fabriqué, et qui se transmettra comme tel. Les uns, comme Carlin, (1) déclarent que l'engagement du débiteur ne naîtra véritablement que lorsque quelqu'un acquerra un droit de propriété sur le titre ; d'autres, avec Stobe, (2) veulent une mise en possession du preneur, d'autres enfin, une simple *derelictio* du titre. L'endossement est un moyen d'opérer la transmission de la propriété ou de la possession du titre. C'est parmi ces auteurs qu'il faut enfin placer Volkmar, (3) qui déclare le titre seul créancier et agissant en justice par procureur, ce procureur étant le porteur actuel.

Ne nous appesantissons pas sur l'élément réel. On sait ce que nous en pensons. Mais, même en dehors de cette idée, le système n'est pas acceptable. Sa réfutation est simple et ne nous entraînera pas loin. Il n'est pas admissible qu'un acte, à ordre, ou non, rédigé sous les yeux du bénéficiaire et de son consentement, ne soit pas l'indice d'un contrat. On pourra objecter que le débiteur peut souscrire le billet en dehors de la présence du créancier et le lui donner ensuite en paiement. Mais alors ce n'est qu'un projet, répondrons-nous, et lorsque ce projet sera communiqué au créancier, nous retombons dans le cas précédent et nous ne pouvons y voir qu'un contrat, si le projet se réalise.

Faudra-t-il donc admettre le système suivant, en le débarrassant, bien entendu, de toute idée d'élément réel ?

### c) Système de stipulation pour autrui (4)

Ce système est mixte, comme le précédent. Entre les deux premières personnes, promettant et preneur, il s'agit, dit-il, d'un

(1) Carlin *Zeits* 1889, p. 6-39. — Worms, *de la volonté unilatérale comme source d'obligation* p. 138.
(2) Stobe, *Haudbuch des Deutschen privaten Rechts* 3, p. 106.
(3) Volkmar, *Zeits* II, p. 552.
(4) Worms. *De la volonté unilatérale comme source d'obligation*, p. 138 — Thaller. *Dalloz Périodique* 1888. 2-1. Note.

contrat. Les preneurs subséquents tiennent leur droit d'une stipulation pour autrui, passée entre le promettant et le premier preneur.

Nous n'admettrons pas non plus ce système qui ne nous paraît pas satisfaisant et n'explique pas l'un des effets les plus importants du contrat à ordre.

Entre le promettant et le preneur, il s'agirait donc d'un contrat et il y aurait une offre faite au profit de celui à qui le titre sera endossé. Voilà une grande différence avec le système Goldschmidt. Goldschmidt admet que l'offre est faite *in globo* à tous les preneurs sans qu'il y ait d'intermédiaire entre eux. Le système que nous exposons en ce moment admet une offre envers les preneurs successifs et indéterminés, mais cette offre est faite sous la forme d'un contrat passé avec une personne déterminée et d'une stipulation pour autrui. Nous ne considérons donc dans la stipulation pour autrui l'acte du promettant envers le tiers ni comme un engagement ferme et complet par lui même ni comme un contrat passé dès ce moment envers le tiers, mais comme l'offre d'un contrat. Cette offre sera portée à la connaissance du tiers par le stipulant qui jouera envers lui le rôle d'un messager et par le message qu'il porte fera une donation ou accomplira un contrat à titre onéreux.

C'est au moment de l'endossement que le stipulant remet ce message au tiers et qu'il lui offre ainsi le bénéfice de cet engagement contractuel. C'est par l'endossement que le tiers l'accepte. Pourquoi, dès lors, aller chercher une explication dans la théorie de la stipulation pour autrui ? Ne faut-il pas dire avec M. Debray : « Si c'est précisément au moment de l'endossement que le tiers « accepte, il est bien singulier que ce ne soit là qu'une détermi- « nation du tiers. Il est bien étonnant que cette détermination « coïncide précisément avec le contrat passé entre l'endosseur « et l'endossataire. Il faut voir dans l'endossement autre chose « que la détermination du tiers. Cette autre chose, c'est la ces- « sion. N'est-il pas surprenant que l'endossement qui peut si bien « être considéré comme le moyen de céder la créance soit en « même temps et précisément le moyen de déterminer le « tiers ? (1) »

(1) *Clause à ordre*, page 100.

De plus, une raison qui fait crouler tout le système et qui est encore mise en lumière par M. Debray (1) est la suivante. Elle nous parait absolument décisive. C'est que cette théorie n'explique pas le fait pour laquelle elle a été précisément créée, le caractère personnel de l'opposabilité des exceptions. S se croyait débiteur et c'est pour cela qu'il s'est engagé envers P à payer une somme à T. Cet engagement pris au profit de T a pour cause l'engagement pris envers P dont S se croyait débiteur. S'il ne l'est pas, il n'y pas de cause à l'engagement et dans ces conditions, comment expliquer que S ne puisse opposer cette fin de non recevoir ?

Le système de la stipulation pour autrui ne nous parait donc guère plus acceptable qne les autres.

Les divers systèmes que nous avons indiqués ne sont pas, d'ailleurs, les seuls soutenus en Allemagne. Mais tous les autres ne sont guère que des variantes de l'idée de Goldschmitt. Basées sur l'offre contractuelle faite à un inconnu ou à plusieurs, imbues de la doctrine de l'élément réel, elles ont, à nos yeux, deux raisons pour une d'être inadmissibles.

Nous allons quitter les régions nuageuses où nous tiennent ces auteurs pour causer avec nos compatriotes. Ce sont leurs théories que nous admettrons, car nous retrouverons chez eux des doctrines claires, simples, bien françaises, telles que nous les aimons.

### B Ecole Française

Tout d'abord un contrat (2) passé entre le promettant et le preneur, ainsi que nous avons constaté qu'il fallait l'admettre en réfutant le système de l'engagement milatéral. Ce contrat se reliera ou non à d'autres conventions, il aura ou n'aura pas le caractère novatoire, ainsi que nous avons déjà dit que cela pouvait avoir lieu. Il sera constaté par écrit, et l'écrit est même nécessaire à son existence. Mais il n'a en rien le caractère abstrait, et l'écrit n'est qu'une formalité essentielle à l'existence de l'acte.

(1) Debray, *eod. loc.* p. 102

(2) Lyon-Caen et Renault, n°s 993, 1290 – Boistel, n°s 712, 713, 716, 858.

Ensuite une cession de créance (1) consentie par le premier preneur au suivant, réalisée par l'endossement et indéfiniment renouvelable.

Telle est la solution simple et logique. On a beaucoup discuté, on a déclaré que la doctrine française était en contradiction avec elle-même en déclarant qu'il y avait à la fois dans l'endossement une cession de créance et dans la souscription du titre à ordre un engagement direct envers le porteur, résultant d'une acceptation anticipée de la cession acceptation analogue à celle de l'art. 1690 du C. Civ. Car telle est en effet la théorie française.«Quand le « titre est à ordre, dit Bravard-Veyrières, il n'est nul besoin ni de « signification ni d'acceptation du transport, et le titre contenant « la clause à ordre, il s'ensuit que l'accepteur s'engage directe- « ment envers celui qui sera, le jour de l'échéance, porteur du « titre en vertu d'un endossement. Il l'accepte d'avance pour « créancier. (2) S'il y a cession, il ne peut, dit-on, y avoir d'engagement direct. En disant qu'il y a cession on décide que c'est le droit du cédant qui pourra être exercé par le cessionnaire qui en devient titulaire. Or il ne « deviendrait » point titulaire de ce droit s'il s'était déjà fixé sur sa tête par l'engagement direct du débiteur. Et, en sens inverse, s'il y a engagement direct, il ne peut y avoir cession. On ne cède pas à qnelqu'un ce qu'il a déjà.

Voilà en quoi consiste l'objection que l'on adresse à la théorie française. Elle repose sur une équivoque.

L'engagement direct n'est pas inutile en face de la cession car il a une portée autrement importante qu'elle. Soit une cession ordinaire acceptée, conformément à l'art. 1690 *in fine* C. Civ. A cet acte de cession auquel le débiteur n'a pas, tout d'abord concouru, il concourt ensuite par l'acceptation, et il ajoute son engagement contractuel et direct à l'obligation légale qui lui aurait été imposée de respecter la cession qui, non acceptée par lui, lui aurait été seulement signifiée. Et cet engagement donne une

---

(1) L-C. ET R. nos 1979, 1090, BOISTEL, no 747 - Contra HUC, *Traité de la cession des créances* § 2 p. 282, 291 - *Cf. Gide novation*. p. 433

(2) BRAVARD ET DOMANGEAT p. 137 v. BOISTEL no 752 NOUGUIER, T. I nos 694 à 698.

valeur particulière à l'obligation qui le lie du cessionnaire. Il vaut purge des moyens de défense que le cédé avait contre le cèdant et qu'il eût pu, au cas de simple signification opposer au cessionnaire. Il y a ici, en effet, un engagement par lequel le cédé a renoncé en faveur du cessionnaire à se prévaloir de ces moyens de défense. (argt. art. 1295 § 1er - V. Cass. 6 février 1878 S. 78, 1, 168. D. P. 78 - 1. 275.)

L'engagement direct n'est donc pas inutile en face de la cession. Or nous verrons plus loin que, quoiqu'on en ait dit, l'acceptation dont il est question à la fin de l'art. 1690 et l'acceptation donnée à l'avance par le débiteur qui souscrit un titre à ordre doivent être assimilées l'une à l'autre ; ceci admis pour l'instant, sauf à le prouver plus loin, nous sommes amenés à constater que l'engagement direct du débiteur résultant de l'acceptation anticipée qui n'est autre chose, dans son essence, que l'acceptation de l'art. 1690, ne peut pas plus exclure la cession que l'engagement résultant de cette dernière acceptation ne l'exclut même.

D'ailleurs, au point de vue juridique et abstraction faite de textes que nous citerons dans un instant, il ne peut y avoir de doute, l'endossement est une cession comme il est certain que l'acte à ordre est un contrat. Il y a là un droit personnel qui circule et passe d'une tête sur une autre ; il faut fermer les yeux à la lumière et se retrancher derrière les moins bonnes subtilités pour déclarer qu'il n'y a pas dans l'abandon de ce droit une cession.

Et maintenant, si l'on jette les yeux sur les textes, il est encore moins possible de nier qu'il y ait là une cession. Art. 136 C. Civ. « La propriété d'une lettre de change se transmet par la voix de « l'endossement. » Art. 24 de l'ordonnance de 1673, Titre V. « Les « lettres de changes endossées dans les formes de l'article pré- « cédent, appartiendront à celui au nom duquel l'ordre sera rem- « pli,, sans qu'il soit besoin de transport, ni de signification. »

Art. 138 C. Civ. « Si l'endossement n'est pas conforme aux dis- « positions de l'article précédent, il n'opère pas le transport, il « n'est qu'une procuration. » Cf. art. 23 de l'ordonnance : « Les « signatures au dos des lettres de change ne serviront que d'en- « dossement (lisez de procuration) et non d'ordre, s'il n'est daté,

« et ne contient le nom de celui qui a payé la valeur en argent, « marchandise ou autrement. » V aussi l'art. 25 de l'ord.

Peut-on, d'une manière plus claire, dans des textes précis, trouver la preuve que l'endossement est une cession. Les textes anciens, directement ou par *a contrario*, et les textes modernes, qui ne sont que leur reproduction sous une autre forme, établissent donc d'une manière irréfutable le caractère que nous avons reconnu à l'endossement

Que l'on ne vienne pas nous objecter que l'endossement et la cession sont des organismes complètement différents, les formalités de l'ordre et de l'endossement se séparant nettement des formalités établies par les art. 1690 et 1691 C. Civ. ; que l'endossement, dans sa teneur, ne fait aucune allusion à une cession de créance, qu'il n'en parle même pas, qu'enfin les effets de l'endossement sont plus énergiques que ceux de la cession de créance ordinaire.

Reprenons rapidement ces diverses objections.

I. — « Les formalités de la cession ordinaire diffèrent des for- « malités de la cession par endossement. » — L'objection ne porte pas. Il n'y a qu'une sorte de cession, lorsque l'on prend cette institution dans ses éléments les plus simples et les plus essentiels ; elle est la même dans les deux cas : c'est toujours l'abandon et le transfert pleins et complets d'un droit volontairement consenti par une personne à une autre personne qui consent à l'acquérir. Dans les deux cas ces éléments essentiels se retrouvent. Les formalités qui entourent cette transmission de droit seraient-elles aussi différentes que possible dans la cession ordinaire et dans la cession par endossement, cela ne prouverait pas que l'endossement ne fût pas une cession. Ce sont là des formalités qui, lorsqu'elles sont accomplies, rendent la transmission du droit opposable aux tiers, et qui, si elles ne sont pas observées, ne la laissent parfaite qu'entre les seuls contractants, mais entre ceux ci, elle est parfaite. Ces formalités de l'acceptation ou de la signification d'une part, et de l'endossement de l'autre, ne visent pas, en effet, la transmission du droit entre les parties en cause la cession proprement dite, mais seulement son opposabilité ou sa non opposabilité aux tiers.

II. — « L'endossement dans sa teneur ne fait aucune allusion

« à une cession de créance, il n'en parle même pas. Voici en effet « la formule de l'endos : Payez à l'ordre de Jean, valeur reçue en « marchandise, (ou valeur reçue comptant, en valeur en compte). « 25 août 1900. Signé : Pierre. » Telle est la deuxième objection.

Nous reconnaissons sans mauvaise grâce qu'il n'est pas fait dans l'endossement allusion expresse à une cession. Mais une pareille objection n'est pas sérieuse. L'intention des parties est certaine et l'on n'aurait pour s'en assurer qu'à demander à qui que ce fût, voulant céder un titre à ordre, si ce n'est pas par un pareil endossement qu'il procèdera. La réponse est un peu terre à terre, mais il faut avouer que l'objection ne vaut pas une meilleure réponse. A cette constatation de fait que l'endos ne contient aucune allusion à une cession, nous répondons en disant qu'il répond parfaitement aux besoins de ceux qui veulent accomplir une cession, que, par conséquent, il constate bien un pareil acte.

Nous savons bien que l'on nous dira : « L'endossement, même régulier, répondant parfaitement à la formule indiquée plus haut, peut n'être qu'une procuration ; la présomption de la loi n'est pas irréfragable. L'intention des parties d'accomplir une cession par l'endossement n'est donc pas si certaine que cela. ». — Oui, sans doute, répondrons-nous, quelquefois l'endossement régulier ne constate pas une cession, mais il nous suffit que lorsque l'on veut accomplir une cession d'un acte à ordre, l'on ne fasse aucune difficulté de se servir de l'endossement, pour que nous puissions dire que, dans ce cas, l'endossement est une cession. C'est tout ce que nous voulons. Quelqu'un veut, en fait, accomplir une cession, il se sert de l'endossement. Qu'importe ensuite, que par erreur une personne emploie aussi un endossement régulier pour donner une procuration. Dans l'esprit de la loi, dans son intention première l'endossement régulier est une cession.

III. — « Les effets de l'endossement sont plus complets que « ceux de la cession ordinaire ; l'endossataire est saisi à l'égard « des tiers, l'acte accompli est opposable à tous. » Sans doute, mais dans la cession ordinaire, lorsqu'elle est accompagnée des formalités requises, le cessionnaire est saisi de même à l'égard de tous. Et l'endossement c'est la cession accompagné d'une acceptation qui remplace les formalités du Code civil. On ajou-

tera : « C'est parfait ; mais outre l'effet produit par les formalités « du Code civil : l'opposabilité à tous de l'acte intervenu, l'endos- « sement en produit d'autres, par exemple, la garantie tout particulièrement énergique qu'il entraîne. » Eh bien, nous ne sommes pas convaincus. La garantie qu'entraîne l'endossement et sur laquelle nous reviendrons, garantie que l'on appelle *garantie de fournir et faire valoir*, la cession ordinaire la produit, pourvu qu'on l'ait stipulée. Or dans l'endossement on peut bien dire que cette garantie, complément nécesaire des mesures qui donnent au titre une valeur sérieuse, est tacitement stipulée. En transférant un titre à ordre, l'endosseur s'engage, sans qu'il soit besoin de le dire expressément, à garantir le paiement effectif de la créance qu'il transfère. Si l'on aime mieux, il convient de cette garantie par le fait même qu'il ne dit rien de contraire, ( cette clause contraire serait possible, c'est l'endossement à forfait ), et par son silence il fait sienne la promesse toute prête que la loi lui propose. De telle sorte qu'en fin de compte, les garanties établies par le Code civil et par le Code de commerce sont identiques, à cela près que ce que veulent les contractants doit être exprimé dans un cas et passé sous silence dans l'autre. Mais leur volonté est souveraine dans un cas comme dans l'autre, elle peut arriver, dans les deux cas, au même but, seulement les moyens sont matériellement, mécaniquement différents. Ce n'est pas assez pour voir dans l'endossement et dans la cession de créance des organismes distincts en leur essence.

Enfin l'on ne peut faire abstraction de la volonté du législateur. Il est manifeste qu'en écrivant le paragraphe relatif à l'endossement, les rédacteurs du Code de Commerce ont suivi pas à pas l'ordonnance de 1673 qui parlait de cession et de transport, ainsi que l'opinion des commentateurs de cette ordonnance qui développaient cette idée. (1)

Notre opinion, conforme à celle de la doctrine et de la jurisprudence française, est donc que l'endossement est une cession de la créance constatée par le titre à ordre. Nous ne voulons pas aller chercher des explications métaphysiques chez les auteurs allemands et nous préférons le bon sens et les vues claires et

(1) Voir plus loin, page 61 et suivantes.

justes de nos juriconsultes aux théories substiles des théoriciens allemands. D'ailleurs, en ramenant l'endossement à la cession, nous évitons de créer un organisme nouveau à côté de la cession. Si l'endossement n'est pas une cession, qu'est-il donc ? On n'a jamais pu le dire parce que l'on a voulu chercher trop loin une réponse qui se trouvait bien près.

En constatant que l'endossement n'est autre chose qu'une cession de créance, nous constatons l'union étroite qui existe entre le Code civil et le Code de commerce. Ne pouvons-nous pas dès lors espérer la fusion, sur laquelle nous aurons à revenir, de ces deux compilations en un code unique, en une législation uniforme ?

## CHAPITRE II

### De l'effet de la clause à ordre

La clause à ordre produit un seul effet. Elle permet de disposer du titre par endossement. Et c'est cet endossement qui produira à son tour divers effets, différents suivant que l'endosseur voudra accomplir par ce moyen une cession de créance, donner un mandat ou remettre l'effet à titre de garantie. Laissant pour le moment de côté ces deux derniers buts, envisageons l'endossement ordinaire, ou, comme on dit, régulier.

#### § 1er — Endossement-cession

On sait quelles sont les formes de l'endossement translatif de propriété ou endossement-cession. L'art. 137 du C. de Comm. exige que cinq mentions y figurent : 1° la date ; 2° la valeur fournie ; 3° le nom de l'endossataire ; 4° la clause à ordre ; 5° la signature de l'endosseur (1). Ainsi rédigé, l'endossement est parfait, il rend la cession opposable à tous. Ces formes remplacent celles qui sont requises pour la transmission, au regard des tiers, des

(1) Les règles du droit français sur les énonciations à insérer dans l'endossement et sur la destruction entre l'endossement régulier et l'endossement irrégulier ne se rencontrent que dans quelques législations : Code Hollandais, art. 134 et 239, C. de Comm. Ottoman de 1850, art. 95 Code de Monaco art. 102.

Au contraire, se contentent de la signature de l'endosseur : la loi allemande sur le change art. 12 et 13, la loi Hongroise art. 10 et 11, la loi Belge du 20 mai 1871 art. 27, le Code Suisse des obligations, art. 730 et 731, le Code Italien art. 258, le Code Roumain, art. 279, C. Portugais, art 300 et 301, la loi Anglaise de 1882, art. 32, le Code Russe, art. 314.

Dans ces diverses lois, plus de formalités ou à peu près ; la seule signature de l'endosseur constitue un endossement régulier et transfère la propriété du titre.

Le Code Espagnol consacre un système bizarre. Le défaut de mention de la date fait considérer l'endossement comme donné à titre de procuration (art.463) mais l'endossement ne contenant pas l'indication de la valeur fournie et l'endossement en blanc opèrent la translation de la propriété.

créances dont s'occupe le code civil. Les art. 1690 et 1691 de ce code veulent que le transport soit signifié au débiteur ou accepté par lui dans un acte authentique, pour que le créancier soit investi *erga omnes* des avantages de la créance.

L'endossement rédigé dans les conditions sus-énoncées est dit endossement régulier. Régulier, parce qu'il est fait selon les règles édictées par l'art. 137 et nous ne comprenons pas que MM. Lyon-Caen et Renault trouvent à redire à cette qualification. Cet endossement arrive à faire bénéficier du droit l'endossataire et à l'en faire bénéficier complètement. Les garanties telles que les privilèges et les hypothèques lui sont transférées aussi. On arrive au même résultat que celui consacré par l'art. 1692 C. Civ. ainsi conçu : « La vente ou cession d'une créance comprend les « accessoires de la créance, tels que caution, privilèges et hypo- « thèques » (1). Nous retrouverons plus tard cette question de la transmission de l'hypothèque. Notons pour le moment qu'elle suit la créance et en garantit le paiement entre les mains de quiconque le réclame en vertu de l'endossement.

Point de différence, par conséquent, à ce point de vue, entre les effets de l'endossement-cession et ceux de la cession ordinaire. Il n'en est pas de même en ce qui concerne l'obligation de garantie, qui incombe au cédant. La garantie est de la nature de la vente. La loi, dans les art. 1694 et 1695 C. Civ. n'astreint le vendeur d'une créance qu'à garantir l'existence et la validité de cette créance, le *nomen verum*. Rien de plus. Il n'est pas obligé de garantir la solvabilité du cédé, le *nomen bonum*, à moins de convention contraire, qui, d'ailleurs, peut même restreindre l'obligation légale de garantie. On arrive ainsi à établir trois degrés dans cette obligation, en ne parlant pas des clauses restrictives.

1° Un degré que l'on pourrait appeler légal, qui est : garantir l'existence et la validité de la créance ; 2° un 1er degré conventionnel qui sera : garantir la solvabilité actuelle du débiteur, autrement dit garantir que si, au moment même de la cession, on poursuivait le débiteur, il pourrait payer. — 3° un 2e degré conventionnel enfin : garantir la solvabilité future du débiteur,

(1) Cass. 11 juillet 1839 (S. 1839 I. 939).

c'est-a-dire garantir qu'au moment de l'échéance, postérieur à celui de la cession, le débiteur sera en mesure de s'acquitter.

On le voit, les deux derniers degrés sont conventionnels. Les parties doivent s'expliquer expressément pour que cette garantie existe. Il en est autrement dans les effets revêtus de la clause à ordre et transmis par la voie de l'endossement. C'est le dernier degré qui est le degré légal. Et il faut la clause « sans garantie » ou « à forfait » pour convenir du premier. « L'endosséur alors, « disent MM. Lyon-Caen et Renault, n'est garant que de l'exis- « tence de la lettre de change, par exemple si la lettre a été créée « par un faussaire ; *la clause sans garantie ramène ainsi au droit « commun du Code Civil* » (1). Les choses se passent d'une façon exactement inverse dans un cas et dans l'autre Ce qui est le droit commun dans le premier devient l'exception dans le second et réciproquement. Le degré « fournir et faire valoir » c'est-à-dire la garantie de la solvabilité future aussi bien que de la solvabilité actuelle du débiteur n'est de droit que dans la cession par endos- sement. (2)

Cet effet produit par l'endossement, la garantie, vise les rap- ports qui existent entre le cédant et le cessionnaire. Un autre effet, qui vise les rapports entre le cédé et l'endossataire, est très important. Il s'agit de la non opposabilité des exceptions.

Dans les créances à personne dénommée, la règle générale est que les exceptions qui pouvaient être opposées au cédant peuvent l'être au cessionnaire, ayant cause du cédant, et ne pouvant avoir plus de droits que lui. Cela du moins s'il y a eu seulement signi- fication. S'il y a eu acceptation, le débiteur contracte par le fait même un engagement particulier envers le nouveau créancier. Évidemment, même sans cette acceptation et au cas d'une simple signification, il serait obligé envers le cessionnaire, mais ce serait en vertu de la loi; au lieu que par l'acceptation, il y a mieux ; le débitenr s'engage alors lui-même, directement et personnellement, par un contrat, envers le nouveau titulaire de la créance et son engagement, devenant indépendant de la créance

(1) Manuel, page 339 — n° 600.

(2) La garantie est admise expressément par la loi anglaise de 1882 sur le change (art. 55).

Nous avons vu (page 36) qu'en fin de compte ces deux garanties en reviennent au même.

cédée, vaut renonciation en faveur de ce nouveau titulaire aux moyens de défense qu'il pouvait opposer à l'ancien. Dans les deux cas, la cession qui, entre les parties, existait déjà par leur simple consentement, est rendue opposable aux tiers ; mais, au point de vue qui nous occupe, la signification et l'acceptation diffèrent profondément. Dans un cas particulier, en effet, celui de la compensation, la loi nous dit (art. 1295, 1° C. civ.) que le débiteur ne peut plus opposer cette compensation au nouveau créancier alors qu'il pouvait l'opposer à l'ancien. Pourquoi cela, sinon parce qu'il s'est engagé envers le nouveau titulaire et que cet engagement est complétement dégagé des entraves qui pouvaient arrêter l'efficacité du premier. Il y a même raison de décider pour tous les cas d'acceptation.

Bien entendu, il faut que l'engagement résultant de l'acceptation soit valablement donné, pour qu'il purge les moyens de défense. Exemple : Primus, encore mineur, a contracté tout seul un engagement au profit de Secundus. Celui-ci cède sa créance à Tertius. Primus, devenu majeur, accepte, ou, étant encore mineur, son tuteur accepte pour lui. L'engagement est valable, la nullité du premier contrat résultant de la minorité sera inopposable lors de la demande en exécution du second. Pourquoi ? parce que Primus s'est engagé, et s'est engagé valablement à ne pas se prévaloir à l'encontre de Tertius des moyens de défense qu'il pouvait opposer au cédant.

Mais l'acceptation est donnée par Primus, encore mineur, sans assistance ni autorisation ; il peut répondre à Tertius qui l'attaque : « Si vous m'attaquez en vertu de l'engagement résultant de « mon acceptation, je vous en oppose la nullité ; vous ne pouvez « me parler de cette acceptation, vous ne pouvez que venir exer- « cer les droits que Secundus vous a transférés. Or, il ne peut vous « avoir transmis plus de droits qu'il n'en avait et la créance doit « être aussi débile entre vos mains qu'entre les siennes, puisque « rien n'est venu la revivifier. »

Le raisonnement tenu par le mineur sera exactement le même au cas où il n'y a pas eu d'acceptation du tout, où il n'y a eu que signification, que dans le cas où il y a eu acceptation nulle. La créance est cédée, le débiteur est tenu envers le nouveau créancier, cela est, puisque la loi le veut ainsi, mais le débiteur ne

s'est pas engagé à ne pas se prévaloir des moyens de défense qu'il eût pu employer contre le cédant. Il ne l'aurait pu faire que par une acceptation et une acceptation valable. Or, ici, il n'y a eu qoe signification. La créance est cédée avec tous ses vices. Encore mineur ou devenu majeur, le débiteur pourra en méconnaitre envers quiconque l'efficacité.

Il en serait de même pour les autres causes de nullité, violence, dol (1), etc.

S'il s'agit maintenant d'un titre à ordre, en souscrivant ce titre, le débiteur qui est présumé savoir ce qu'il fait, à qui les mots : « ou à son ordre » ont dû faire ouvrir les yeux, qui, par conséquent, n'est pas pris en traître, le débiteur, disons-nous, s'engage envers le créancier ou par avance envers celui qui sera nanti du titre lors de l'échéance et cette acceptation vaut renonciation à l'usage des exceptions. La rapidité de la circulation du titre, rapidité dont l'insertion de l'ordre lui révèle la nécessité, est la raison de cette renonciation ; il faut, pour que le titre circule avec le moins d'entraves possible, que le débiteur s'engage à ne pas se prévaloir contre le porteur des exceptions nées à l'encontre du créancier originaire. S'il n'en était pas ainsi, celui qui désirerait acquérir une lettre de change ou tout autre titre à ordre serait obligé de se renseigner auprès du débiteur sur la validité de son engagement, d'où lenteurs et complications. Les titres à ordre ne circuleraient pas plus vite que les titres ordinaires.

Tant que le créancier ne s'est pas dépouillé de la créance par un endossement, l'acceptation du débiteur n'est qu'une pierre d'attente, elle ne produit aucun effet. Le débiteur n'a pas renoncé en faveur du créancier au bénifice des moyens de défense. Le créancier originaire connaît les vices dont la créance est atteinte ; pour lui il n'est pas question de savoir comment il fera pour se renseigner. D'autant mieux que toute idée de rapidité de circulation est ici hors de cause.

Les tiers porteurs n'ont donc pas à redouter les moyens de défense dont le créancier originaire avait à craindre l'opposition de la part du cédé. L'acceptation donnée par avance par le souscrip-

(1) Rappelons ici, toutefois, que le dol n'est une cause de nullité que si celui avec qui l'on a contracté est auteur lui-même des manœuvres frauduleuses, ou complice des manœuvres pratiquées par un tiers.

teur du titre à ordre arrive à ce résultat comme celle donnée postérieurement à la cession, quand il s'agit d'une cession de créance à personne dénommée.

Mais, comme pour cette dernière acceptation, il faut, pour que la renonciation à se prévaloir des moyens de défense sorte à effet, que cette renonciation soit valable. Nous assimilons, avec la doctrine française, la souscription du titre à ordre à l'acceptation par avance du créancier par le débiteur. La conséquence doit être que toutes les exceptions sont inopposables si cet engagement direct est d'ailleurs valablement donné. Il faut donc, pour que l'exception soit inopposable, que le vice qui annihilait la créance primitive ne s'étende pas à l'acceptation de la cession qui en est faite. Il faudra que, dans la souscription du titre, on puisse dissocier, au point de vue de leur validité, la volonté de s'engager envers le créancier actuel et celle de s'engager envers le créancier futur.

Quelquefois, cela n'est pas possible ; le vice qui atteint la créance se répercute sur la renonciation aux moyens de défense. Dans ces divers cas, il n'y a plus à s'occuper de la rapidité de circulation du titre, il n'y a pas non plus à se demander, (comme cela doit se faire dans d'autres cas), si le porteur est ou n'est pas de bonne foi.

Nous nous trouvons donc en présence d'un premier groupe, où les moyens de défense demeurent toujours opposables (1)

1er groupe. Cela se présente dans les circonstances suivantes :

a) Faux. — Un faussaire imite dans un titre à ordre la signature d'autrui. Celui dont la signature est usurpée n'est pas lié, il pourra toujours opposer le faux au porteur actuel. Il serait, en effet, véritablement excessif que l'exception fût inopposable pour un titre qui n'a pas même d'existence. Il n'y a pas ici de volonté de s'obliger et le tiré ou le souscripteur qui s'engage directement lors de la souscription ou de l'acceptation ne s'est ici engagé en

(1) En droit allemand, un débiteur ne peut opposer que les exceptions fondées sur le droit de change lui-même (vice de forme ou absence de protêt), soit sur les rapports personnels avec le porteur qui le poursuit. La bonne ou la mauvaise foi n'est pas prise en considération (art. 3), par suite de l'application de l'idée de l'acte abstrait. — Id. pour la loi italienne (art. 324) ; l'art. 327 admet que le titre signé d'un incapable est valable envers les personnes capables qui l'auront signé — A peu près dans le même sens est la loi belge art. 55, 2° et 22

rien du tout. Et l'utilité de la rapide circulation est ici primée par les principes les plus élémentaires et les plus inviolables de l'honnêteté publique. Il serait immoral et illogique au suprême degré de déclarer que quelqu'un qui ne s'est pas engagé, est tout de même obligé.

b) Violence. — L'explication de l'opposabilité à tous de l'exception tirée de la violence est la même que celle donnée pour l'exception de faux. Les engagements pris envers le porteur et envers le preneur existent, il est vrai, cette fois, mais ils sont tellement viciés qu'ils sont comme s'ils n'étaient pas. Ils sont trop viciés pour que, même envers un individu ignorant le vice dont est atteint le titre, cette exception soit inopposable. Si l'on poussait trop loin la sauvegarde de l'intérêt de la libre circulation, le commerce et la négociation des effets seraient aux mains d'individus sans scrupules. D'ailleurs « la doctrine admet en France, « dit M. Thaller, que le moyen tiré de la violence (art. 1111 et suivants C. Civ.) est recevable même contre celui de bonne foi qui « n'aurait point participé à la violence. C'est que ce moyen opère « *in rem*. Il importe peu que la contrainte provienne de la contre-« partie ou d'un tiers. L'engagement direct pris envers le futur « porteur est vicié tout comme l'engagement envers le pre-« neur ». (1)

c. Incapacité. — Ici l'inopposabilité des exceptions, entrave apportée à la rapide circulation des effets, se justifie encore de la même façon.

L'engagement de l'incapable envers le futur porteur est aussi bien vicié que son engagement envers le créancier primitif et l'exception d'incapacité sera opposable au porteur futur.

d) Vice de forme. — Une lettre de change n'est pas datée, ou bien elle ne mentionne pas la valeur fournie. Elle dégénère alors en simple promesse (argt. art. 112 C. Co.), elle n'est plus une lettre de change et l'on pourra opposer toutes les exceptions tirées de ce fait.

Et ces exceptions pourront être opposées à tout porteur. « Car « l'engagement du tireur envers le tiers porteur pêche par le « même vice de forme que sa dette envers le preneur. En voyant

(1) Thaller — *Traité*, — 5me partie, Ch. IV, nº 1468

« dans l'effet de commerce l'accouplement de deux engagements, « le premier envers une contre-partie, le second envers le porteur « futur, l'engagement de change souffre du même défaut de « part et d'autre. » (1)

Il n'y a pas à parler de la bonne foi, de l'ignorance du porteur à l'égard de ce vice de forme qui éclate aux yeux de tous. Le porteur ne peut, dans l'hypothèse, être de bonne foi.

Voilà donc quatre cas ou l'exception née à l'encontre du preneur est opposable à tout porteur futur, qu'il soit de bonne ou de mauvaise foi. Nous allons examiner maintenant divers cas où la présence ou l'absence de la bonne foi chez le porteur influera sur l'opposabilité des exceptions à ce porteur. C'est ici vraiment que nous verrons appliquée cette proposition : l'endossement purge les moyens de défense qui existaient à l'encontre du créancier originaire. Il rend ces moyens inopposables et cette conséquence découle logiquement de ce que nous avons admis sur l'acceptation donnée par avance de la cession consentie, sur la renonciation du débiteur à se prévaloir des moyens de défense, exceptions et nullités. Ici le vice de la créance primitive ne s'étend pas à l'engagement contracté envers le futur porteur — engagement qui découle de l'acceptation et vaut renonciation aux exceptions. Cette acceptation, cette renonciation, sont parfaitement valables, mais, comme elles ont pour raison d'être la nécessité de faire circuler rapidement les titres à ordre, elles ont pour limites les limites mêmes apportées à cette nécessité. Quand le porteur est de mauvaise foi, c'est-à-dire quand il est instruit du vice de la créance, l'exception née de ce vice lui est opposable. Elle le serait, en effet, au preneur, parce que ce dernier ne peut pas ignorer l'invalidité de l'engagement du débiteur ; pour la même raison elle doit l'être à un porteur qui est aussi renseigné que ce preneur. L'inopposabilité des exceptions a pour raison d'être la rapidité de la circulation des titres à ordre. On ne veut pas que le porteur perde un temps précieux à se renseigner auprès du débiteur. Or, ici, il est tout renseigné. *Ubi cessat causa, cesset effectus.*

Le débiteur ne s'est engagé à ne pas se prévaloir des exceptions que dans la mesure nécessaire à la rapide circulation de l'effet.

(1) THALLER, *traité*, 5me partie, nº 1464.

Il ne viole donc pas son engagement en opposant l'exception à quelqu'un qui n'a aucun temps à perdre pour se renseigner.

Examinons les cas où l'exception est opposable ou inopposable suivant la bonne ou la mauvaise foi du porteur.

IIe GROUPE a) DOL. — Ici la distinction entre la bonne ou la mauvaise foi répond à une distinction du droit civil. Le dol d'après le droit commun n'est, en effet, pas opposable à celui avec qui l'on a contracté (dans l'hypothèse, le porteur, avec qui le débiteur a contracté par avance) quand le dol est l'œuvre d'un tiers avec lequel le contractant actif, le stipulant n'a pas été complice. Il est opposable, au contraire, au contractant de mauvaise foi, *conscius fraudis*, complice du dol. Et, d'après la jurisprudence, il faut entendre par complice du dol, non seulement celui qui s'y est associé, mais encore celui qui, connaissant les manœuvres frauduleuses, a négligé de les dévoiler. C'est dans ce sens aussi qu'il faut entendre la mauvaise foi à propos de l'inopposabilité des exceptions. Le simple fait que le vice du titre est connu du porteur suffit pour le constituer de mauvaise foi. (1)

b) CAUSE ILLICITE. — Ici encore l'exception est inopposable à la bonne foi. Un billet à ordre est souscrit en règlement d'une dette de jeu. Il est endossé. Le souscripteur qui s'est engagé invalablement envers le preneur s'est engagé au contraire très valablement envers le porteur. En effet, il s'est engagé envers le preneur en règlement d'une dette de jeu, mais envers le porteur c'est non pas en vertu de cette cause illicite mais en raison des fonds que le porteur a été obligé de verser pour avoir l'effet. L'invalidité du premier engagement ne s'est pas communiqué au second.

Mais supposons que le porteur soit de mauvaise foi, qu'il

(1) V. les ouvrages de RUBEN DE COUDER Vo L. de change. — LAURIN, *droit commercial*, no 689 et s. — L. C. et RENAULT — DOMANGEAT sur BRAVARD, qui, appliquant les doctrines d'EINERT, déclare que toute exception est inopposable.

MM. LYON CAEN et RENAULT décident que, pour qu'il y ait mauvaise foi, il ne suffit pas, soit pour le cas de dol, soit pour les autres cas, que le porteur ait connu les vices du titre, mais encore qu'il doit avoir usé de fraude à l'égard du débiteur. Laurin réfute victorieusement cet argument en disant que celui qui connaît l'invalidité de l'acte, commet une faute lourde, assimilable au dol, en l'escomptant, c'est le cas de dire *ignorantibus non stultis lex subvenit*. D'ailleurs, si l'exception est inopposable, c'est pour épargner du temps. Mais celui qui connaît les vices du titre n'a pas à se renseigner, il est averti et il n'y a plus de raison pour que l'exception soit inopposable.

connaisse le vice dont est atteinte l'obligation. L'exception sera opposable, et cela peut s'expliquer d'une manière très juridique. Le porteur s'est tout au moins rendu coupable, envers le souscripteur, d'une négligence grossière en ne se renseignant pas, du moment qu'il avait des doutes (nous entendons des doutes sérieux) sur la validité de l'acte. Il doit réparation de cette faute et réparation aussi complète que possible. Quelle meilleure réparation, et plus adéquate au préjudice causé que de ne pouvoir repousser l'exception que l'on aurait pu repousser si l'on avait été de bonne foi ? (1)

c) Compensation. — En raison de la rapide circulation du titre, le souscripteur renonce en faveur du porteur de bonne foi à lui opposer cette exception. L'acceptation de l'art. 1295, 1° C. Civ. est ici remplacée par une acceptation anticipée. La renonciation qu'entraîne cette acception est possible. Le consentement du débiteur n'est vicié en rien. Il a pu très valablement le contracter.

Ainsi donc, la renonciation du porteur à se prévaloir des moyens de défense est circonscrite dans des limites fixées par la raison, la morale, l'utilité. Par la raison, nous faisons allusion au cas de faux. Le souscripteur, dont la signature est simulée, qui n'est souscripteur qu'en apparence, voit son engagement fictif réduit à néant. — Par la morale, voilà le cas de violence ; l'engagement a eu lieu, mais il est vicié, le débiteur n'a pu s'engager que dans les limites voulues par la loi, la loi ne reconnaît à son engagement qu'une certaine portée, il n'a pu s'engager à ne pas se prévaloir du vice de violence. — Par l'utilité enfin, un titre à ordre est souscrit, le débiteur renonce, valablement d'ailleurs, nous le supposons, à opposer les exceptions, mais il est bien entendu que ce n'est que dans l'intérêt de la rapide circulation et du crédit, que ce n'est par conséquent qu'en faveur des porteurs de bonne foi.

Aussi les diverses circonstances où le débiteur peut opposer au porteur les exceptions qu'il pourrait invoquer contre le preneur, peuvent être considérées comme des applications du prin-

(1) Cf. sur un point analogue Thaller, *Traité*, 5e partie, Ch. 1er p. 730 — n° 1387.

cipe de l'engagement du débiteur et non comme des dérogations à ce principe. (1)

Avant de quitter cette question de l'inopposabilité des exceptions, disons à qui et par qui exactement ces moyens sont inopposables.

1° Ce n'est pas seulement le débiteur originaire qui ne peut opposer à celui qui l'attaque les moyens de défense opposables à une autre personne. Nous verrons tout à l'heure que les endosseurs et le tireur, quand il y en a un, sont solidairement garants du paiement, de telle façon que le porteur non payé peut assigner l'un quelconque des garants (ou même tous) ainsi que le tireur. Ces personnes sont débitrices de cette garantie, elles doivent payer éventuellement. Chacune d'elles ne pourra opposer au porteur les exceptions qui étaient opposables à un endosseur intermédiaire. Ex. : Primus endosse une lettre de change à Secundus, Secundus l'endosse à son tour à Tertius, Tertius à Quartus, Quartus à Quintus qui, non payé, choisit pour garant et attaque Secundus. Ce dernier avait un moyen de défense contre Tertius. Il ne peut l'opposer à Quintus de bonne foi. Pourquoi ? Parce que par l'endossement, il a souscrit un effet à Tertius, et a, en même temps souscrit un engagement au profit de Quintus, engagement par lequel il lui a promis garantie. Il est vis-à vis de Quintus exactement dans la même situation que le débiteur originaire, seulement celui-ci en souscrivant le titre, plus précisément en acceptant la traite, s'est obligé principalement, et Secundus s'est obligé accessoirement. Mais c'est un obligé tout de même. De même que l'accepteur ne pouvait pas opposer à un autre que Primus, créancier originaire, à Quintus dans l'espèce, les exceptions opposables à ce porteur, de même Secundus ne peut opposer qu'à Tertius les exceptions nées à l'encontre de Tertius, qui pour Secundus est un preneur, puisque c'est avec lui que Secundus s'abouche et contracte directement,

---

(1) Les Allemands ont, pour justifier l'inopposabilité des exceptions, leur théorie de l'acte abstrait, détaché de sa cause, circulant comme une pièce de monnaie. (EINERT. *La lettre de Change suivant les besoins du Commerce du XIX• siècle*). Mais nous avons noté que dans le contrat de promesse de dette, le débiteur peut faire annuler son engagement s'il prouve qu'il y a cause illicite, erreur ou condition non accomplie. La cause existe donc bien et l'on ne peut baser une théorie sur l'oubli, sur l'abstraction faite de cette cause.

2° Les exceptions sont inopposables soit au premier cessionnaire, soit à n'importe quel autre endossataire. Le cédé a, par avance, renoncé en souscrivant le titre à ordre à se prévaloir contre tout porteur des exceptions qu'il pouvait faire valoir contre le créancier originaire, puisqu'il s'est engagé envers l'individu quelconque qui serait, à l'échéance, porteur du titre. Ce n'est pas seulement au premier endossataire que les exceptions sont inopposables.

3° Nous dirons enfin que ce ne sont pas seulement les moyens de défense que l'on pouvait opposer au créancier originaire que l'on ne pourra opposer à celui qui réclamera un paiement ou l'exécution de la garantie. C'est aussi les moyens de défense que l'on pourrait invoquer contre un autre cessionnaire intermédiaire. Ex. : Primus, circonvenu par des manœuvres frauduleuses consent à acquérir, à escompter un titre à ordre, à quelqu'un qui a déjà reçu ce titre du premier créancier puis il trouve l'occasion de l'endosser à Pierre. Le voilà obligé à la garantie. Il est attaqué à cet effet par le porteur, Secundus qui est de bonne foi et ignore ces manœuvres. Il ne peut lui opposer la nullité tirée de ce vice pas plus qu'il ne l'aurait pu si l'individu qui agi envers lui dolosivement était le premier preneur.

La clause à ordre produit un quatrième effet qui unit toutes les personnes débitrices en vertu du titre à ordre. C'est la solidarité. En vertu de cette solidarité légale, (c'est l'art. 140 du C. de Commerce qui la consacre), le tireur, l'accepteur, les endosseurs, les avaliseurs peuvent se voir attaqués par le porteur, sous certaines conditions, mais sans qu'il soit obligé de diviser ses droits et d'attaquer celui-ci plutôt que celui-là ; il peut même attaquer tous ces débiteurs à la fois.

Disons maintenant un mot de l'endossement à titre de garantie.

### § II. — Endossement a titre de garantie

Le créancier qui veut donner une créance en gage, peut d'abord se conformer à l'art. 2075 C. Civ. pour faire bénéficier le créancier gagiste du privilège attaché à la créance de ce dernier quand les formalités de cet article sont observées. Il peut, conformément au dit article, rédiger ou faire rédiger un acte sous seing privé ou un acte public qui sera signifié à son propre débiteur. Ce der-

nier peut aussi accepter par acte authentique la dation en gage opérée.

Cette dation en gage sera donc opposable à tous, soit par la signification soit par l'acceptation dans un acte authentique. Quand la créance est à ordre, la dation en gage se fait au moyen d'un endossement à titre de garantie. Ce n'est qu'une variété de l'endossement translatif, il doit contenir les mêmes mentions sauf qu'au lieu de « valeur en..... » il y aura « valeur en garantie..... » (1)

Par la souscription du titre, le débiteur avait par avance donné son acceptation, il s'était engagé envers le futur porteur sauf à celui-ci à ne toucher le montant de la créance que dans la limite de ce qui lui est dû.

Cette faculté de donner en gage une créance au moyen de l'endossement est consacrée par l'art. 91 al. 2 C. Comm. dans sa rédaction nouvelle résultant de la loi du 23 mai 1863. « Le gage, « dit cet article, à l'égard des valeurs négociables, (lisez : trans- « missibles par endossement ou valeurs à ordre), peut aussi être « établi par un endossement régulier indiquant que les valeurs « ont été remises en garantie. »

Il y a de la sorte une symétrie parfaite entre la cession d'une créance et sa dation en gage. La créance ordinaire est cédée *erga omnes* par la signification ou l'acceptation de l'art. 1690, C. Civ. elle peut être donnée en gage par l'observation des formalités correspondantes de l'art. 2075 c. civ. La valeur est-elle nominative, elle peut être cédée au moyen d'un simple transfert sur les livres de la Compagnie débitrice et elle sera donnée en gage par le même moyen: On aura soin seulement d'indiquer que le transfert est fait à titre de garantie, (art. 91 C. Civ. al. 2) et s'il s'agit de titres au porteur, la simple remise de la main à la main suffit pour en transférer la propriété ou pour le remettre en gage.

### § III. — Endossement a titre de procuration

Le fait d'endosser à quelqu'un le titre en indiquant que l'on

(1) Par la souscription du titre à ordre il y a acceptation, mais le plus souvent non authentique. Il n'y a qu'à se reporter à ce que nous aurons à dire (p. 84) à ce sujet à propos de l'endossement cession.

ne le lui remet que pour qu'il en opère le recouvrement, est un moyen de donner à l'endossataire un mandat.

Lorsque l'on veut remettre un titre à ordre à quelqu'un à titre de procuration, on peut l'indiquer expressément. C'est même ce qu'il faut faire si le titre que l'ont veut ainsi confier à un mandataire est un chèque ou un titre autre qu'une lettre de change ou un billet à ordre, ainsi que nous le dirons et essayerons de le démontrer plus loin. Mais s'il s'agit d'une lettre de change ou d'un billet à ordre, l'endossement qui ne répond pas aux exigences de l'art. 137 c. co. est présumé fait à titre de procuration. Cette décision est surannée. Pour les chèques, il faut que l'on s'exprime clairement pour restreindre les effets de l'endossement à ceux d'un mandat, car un endossement irrégulier ne ferait pas présumer procuration. Le chèque est en effet de date plus récente et, pour lui,on s'est un peu départi des rigueurs dont est entourée la rédaction de la lettre de change et du billet à ordre. Pour le chèque, l'endossement irrégulier est présumé translatif de propriété.

# TITRE II

## La clause à ordre dans le passé et l'avenir, telle qu'elle a été et telle qu'elle doit être.

### Section Première

*Historique de la clause à ordre*

M. Revillout (1) a, dit-il, trouvé des traces de l'origine de la clause à ordre chez les peuples anciens de l'Orient, les Babyloniens au VII[e] et VI[e] siècles avant Jésus-Christ. — MM. Oppert et Menaut (2) auraient été aussi heureux dans leurs recherches auprès des Assyriens et des Chaldéens. Mais la preuve de l'authenticité de leurs " inventions " sont aussi peu certaines qu'elles sont peu nombreuses.

Le Talmud des Hébreux serait déjà plus sûr : « Je m'oblige, dit quelque part ce recueil juridique et religieux, envers toi ou « quiconque réclame par toi. »

Le Droit Romain (3), bien entendu, doit être cité à cause de la clause « *Vel cui jusserit* », et le droit grec de l'époque Alexandrine n'aurait pas été sans pratiquer les titres à ordre (4).

Nous serions un peut tentés d'ajouter, comme au Palais, dans les demandes d'enquête : « pour, sur la dite preuve faite et rapportée, être ultérieurement statué ce que de droit... » mais passons.

---

(1) Les obligations en droit Egyptien p. 467.

(2) Documents juridiques de l'Assyrie et de la Chaldée p. 266, 268. S. Goldschmidt, *Zeitschrift für Rechtsgeschichte.* 1889 (Nouv. série, T. X. p. 354 )

(3) L. 11 *de Novationibus*

(4) Goldschmidt, *eod. loco*, T. 23, p. 387 et p. 363, *Handbuch für Handelsrecht* (3e édition 1891, p. 56, 91, 94, 390.

En droit Germain, l'on trouve des documents qui vont du VI[e] au XI[e] siècles et qui contiennent mention d'une obligation envers un autre que celui avec qui il est primitivement contracté. Ces documents se divisent en trois catégories.

1° Ceux dans lesquels le débiteur promet au créancier ou à son *missus* ou même au *missus* seul ; 2° Ceux dans lesquels il s'engage envers le créancier ou celui à qui celui-ci aura remis le titre pour en exiger l'exécution et que l'on nomme l'*exactor* ; 3° Ceux dans lesquels il s'engage envers le créancier ou le porteur du titre. Cette dernière catégorie ne nous intéresse pas.

Les deux premières clauses ont entre elles cette différence que le *missus* peut prouver de toutes manières qu'il est bien l'envoyé du créancier, au lieu que l'*exactor* doit, pour faire cette preuve, présenter le titre qui constate la créance. D'après M. Viollet (1) et M. Esmein (2), cette exigence particulière viendrait de ce que le formalisme envahissant les contrats (3), l'élément matériel qui avait accompagné la formation de l'engagement devait en accompagner l'exécution. De plus, le fait d'incarner, dans le titre même, la preuve que le détenteur de ce titre le tenait bien du créancier était un progrès et de ce progrès naquit au XI[e] siècle la clause à ordre (4).

Ancien droit Français. Pendant un siècle, nous perdons toute trace de documents contenant cette clause et ils sont très rares au XII[e] siècle. Mais ils commencent à réapparaître à partir de cette époque et, soit que la clause qui nous occupe revête une forme pure et simple, soit qu'elle s'adjoigne à la mention de l'obligation de représenter le titre, nous la trouvons (sous ces deux formes) dans deux sortes de documents, les uns relatant des actes juridigiés quelconques, les autres se référant à un acte de commerce, le contrat de change. Les expressions employées sont celles-ci : *vel ejus mandato*, à son commandement, et même : à son ordre, formules qui son équivalentes.

---

(1) Viollet, p. 505 et suivantes.
(2) *Etudes sur les contrats dans le très ancien droit français.*
(3) Nous n en voulons comme preuve que le cérémonial de l'hommage.
(4) Debray, *clause à ordre*, p. 15.

A mesure que l'on s'approche du XVI[e] siècle, la clause qui nous occupe tend à disparaître. Au XV[me] siècle, la clause : à son commandement, ne se rencontre plus dans les documents français ; une autre clause, celle : à son command des lettres portant se rencontre dans le cartulaire de Troyes en 1476 (1). Au XVI[me] siècle, la clause au porteur, préparée par la précédente, a complétement supplanté la clause à ordre. Le *stile des notaires* de 1550 la mentionne seule dans ses formules.

Le contrat de change, dans lequel est insérée la clause à ordre, nous apparaît dès le XII[me] siècle, il est déjà développé au XIII[e] ; seulement il revêt non pas la forme de la lettre de change actuelle, mais celle à peu près d'un billet à domicile. C'est une promesse de procurer le paiement d'une certaine somme dans un certain lieu, mais il n'y est pas dit que ce soit par une tierce personne, qui serait le tiré. Nous verrons tout à l'heure comment ce troisième personnage est venu s'adjoindre aux autres.

Ce que nous voulons bien faire remarquer, c'est que la clause à ordre ne naquit pas spéciale aux effets de commerce, puisqu'elle pouvait être insérée dans des actes quelconques. Les premiers, en effet, dont nous avons parlé, étaient des actes tels que la promesse de payer le prix de la location d'un immeuble *domino regi vel ejus mandato* (2), des actes constatant l'abandon, par un homme libre, de sa terre en échange de la protection d'un seigneur (3), ou de simples promesses de restituer une somme prêtée (4) ; il y en a même qui ont pour objet d'accomplir un fait (5).

Ces précèdents sont favorables de tous points à notre théorie. Ces clauses ne furent point appliquées dans le but de développer le commerce, dont les actes se distinguaient peu, à cette époque, de ceux de la vie civile. Elles avaient pour but de réaliser une cession de droits soit personnels, soit réels.

---

(1) LALORE — *Collection des principaux cartulaires du diocèse de Troyes.* t. III p. 309.

(2) THIERRY. *Recueil de monuments inédits de l'histoire du Tiers-Etat* (T. I p. 228 et 598).— V. aussi. PERARD. — *Recueil de pièces curieuses servant à l'histoire de Bourgogne* (p. 533).

(3) LALORE. p. 321.

(4) DERRAY. p. 17.

(5) VIOLLET, *précis*, p. 554.

*Droits personnels.* — De toute nature et de toute espèce, émanant d'un acte civil ou commercial, ayant pour objet de l'argent, une chose ou un fait. L'écrit constatant la cession pouvait être mis au bas du titre d'obligation ou au revers (1), il y avait alors un véritable endossement.

*Droits réels.* — Un dépôt est constitué, un gage est consenti, le dépositaire, le créancier gagiste promet de restituer au déposant, au débiteur, *vel certo nuntio* (warrants-récipissés, dation d'un titre à ordre en gage, art. 91 c. co.), ou bien il s'agit d'une vente, l'acheteur, en vertu de la clause à ordre, peut, livrer son titre à un tiers qui recevra tradition et deviendra propriétaire à sa place (lettre de voiture, récépissé de chemin de fer, warrants récipissés, facture).

Seulement, la transmission du titre ne pouvait avoir lieu qu'une fois, au lieu qu'aujourd'hui le nombre des transmissions peut-être illimité.

Que le bénéficiaire du titre eût le droit de transférer par la voie de l'ordre les avantages du contrat à un tiers, et où il puisait ce droit, c'était ce que l'ordre faisait savoir au débiteur ; il n'avait qu'à se conformer aux termes de son contrat par lequel il avait promis de se libérer entre les mains du bénéficiaire ou à son ordre; il n'avait pas à se préoccuper non plus en vertu de quel contrat, passé entre le créancier et le tiers, ce tiers venait lui réclamer le paiement. Il suffisait du contrat passé d'avance entre lui et le tiers inconnu de lui pour qu'il fût obligé et pourvu que le paiement fût valable, c'est tout ce qui lui importait. Le bénéficiaire lui avait d'ailleurs donné l'ordre de payer à qui se présenterait à sa place, peu lui importait que ce fût avec le droit pour le tiers de garder par devers lui le montant de la créance, auquel cas c'eût été une donation ou une vente de celle-ci ; ou à titre de mandataire ou de créancier gagiste. Il ne faut donc pas dire que le command était toujours soit un simple fondé de pouvoir, soit au contraire un cessionnaire. Comme aujourd'hui il y avait l'endossement à titre de cession, l'endossement à titre de garantie et l'endossement à titre de procuration.

La clause à ordre disparut au XV[e] siècle sous l'influence de l'idée fausse qui s'implanta que le tiers « *nuntius* » était un simple

(5) Brunner, *Revue historique du droit*, 1886.

mandataire (1), en même temps que la clause « au command ces lettres portant « intronisait la clause au porteur, plus séduisante que la clause à ordre. De plus on en vint à expliquer la clause par la stipulation pour autrui, en disant que le tiers avait un droit propre et la renaissance au XV^e^ siècle du droit Romain qui interdisait cette stipulation pour autrui devait amener la disparition d'une clause que l'on s'accordait à appuyer sur cette base juridique. Aussi, au XVI^e^ siècle, a-t-elle disparu, ainsi que nous l'avons dit plus haut.

XVII ET XVIII SIÈCLES — La clause au porteur disparut elle-même et l'on fut obligé d'en revenir à la clause à ordre.

Sans doute cette clause ne fut pas alors considérée comme insérable dans les actes civils, mais ceci ne peut-être d'aucun argument contre notre opinion, car, à l'origine, nous l'avons dit, la clause à ordre était insérable dans des actes quelconques, civils ou commerciaux. Qu'importe que la jurisprudence civile n'en portât pas trace lorsque cette clause reparut, qu'importe qu'en fait on s'abstînt de l'insérer dans des actes civils. Elle était née insérable dans tous les actes ; qu'en fait on ne l'employât que dans le commerce, cela ne prouve rien contre nous.

Cela dit pour réserver les droits de notre opinion, la possibilité de l'insertion de l'ordre dans les actes civils, reconnaissons que c'est en fait le commerce qui a fait renaître la clause à ordre lors de la rennaissance commerciale du XVII^e^ siècle. La création et le fonctionnement sérieux du service des postes, la plus grande facilité des communications étendirent le cercle des relations entre marchands. Ces derniers n'eurent plus besoin de quitter leurs villes pour venir, comme auparavant, accomplir dans les foires(2)leurs opérations commerciales,ils les accomplissaient chez eux, de leurs bureaux et à distance, et les effets de commerce furent appelés à jouer un rôle nouveau.

La lettre de change, qui est née spontanément des besoins de la pratique et a été inventée par le premier anonyme (sans doute Italien) qui en a eu besoin et a été plus ingénieux que d'autres, la lettre de change, disons-nous, quitta alors son rôle consistant

(1) V. *Bull. de Narbonne*, t. 1, p. 303 (1360)

(2) V. sur cette question des foires, THALLER *traité* n° 1273 et HUVELIN. *Annales Droits comm.*, 1898, p. 376.

à éviter de la ville à la foire des transports de numéraire, elle commença celui de papier-monnaie et d'instrument de crédit.

Pour se procurer du crédit le négociant acheteur enverra en paiement à son vendeur la lettre de change, il n'aura pas autre chose à payer. Le vendeur sera, de son côté, tranquille et satisfait, car il obtiendra son paiement en touchant le prix de la négociation de la lettre. Tout cela est possible car, d'une part, les communications sont faciles et, d'autre part, aucun des intéressés ne répugnera à la réception des effets, les relations s'étant étendues, le preneur acceptera avec confiance en paiement un titre revêtu d'une signature que l'extension de ces relations lui permet de connaître.

La clause au porteur aurait pu, à la rigueur, servir, mais elle ne répondait pas aux besoins actuels. Le nouveau titre devait non-seulement faciliter le paiement, mais il devait avant tout l'assurer. Or, le titre au porteur est sujet aux chances de perte ou de vol, et, de plus, les recours, en cas de non paiement, contre les différents porteurs étaient impossibles, ces porteurs ne pouvant être retrouvés.

Or, les relations commerciales n'étaient pas aussi enchevêtrées alors qu'aujourd'hui, elles n'étaient pas aussi multiples, il était donc préférable d'avoir un titre circulant sans doute rapidement, mais offrant surtout en lui toute sécurité. La clause à ordre était tout indiquée comme moyen terme entre le titre au porteur et le titre à personne dénommée. On insérera la clause que le porteur ne pourra réclamer le paiement que s'il a été nominativement désigné par le premier titulaire. Le débiteur sera alors sûr de faire un paiement valable, le créancier évitera le danger de la perte ou du vol et pourra négocier plus avantageusement; l'endossataire n'aura pas à craindre que le débiteur élève des doutes sur la légitimité de son droit.

Mais comment l'ancienne lettre de change qui n'était qu'un billet à domicile devint elle la lettre de change actuelle, mettant en scène un troisième personnage, le tiré? C'est ce que nous avons promis d'expliquer.

A côté du premier titre s'en trouvait un second, la traite (Willebrief), sorte de lettre d'avis émanant du promettant et dans laquelle il indiquait quelqu'un qui paierait à sa place. Il adressait cette lettre à ce troisième personnage en y constatant la promesse

qu'il avait faite de procurer le paiement à son créancier ou à la personne que celui-ci désignerait, personne qui était désignée nominativement, de façon que la traite contenait alors quatre noms, ceux du tireur, du tiré, du preneur et du porteur.

Force obligatoire fut donnée à ce titre (1) qui supplanta bientôt l'autre devenu inutile et resta la letre de change, telle que nous la connaissons,mais sans la clause à ordre. La promesse est faite de payer à une personne dénommée ou à une autre également dénommée, mais c'est tout, la traite ne peut pas passer à une troisième personne.

Le *præsentans* nominativement désigné était un *adjectus solutionis gratia,* auquel il fallait une *procuratio in rem suam* pour qu'il pût se comporter en cessionnaire et poursuivre à son profit le paiement en justice. C'est ce que nous dit Scaccia en 1618. Plus tard le simple fait qu'il était désigné dans la lettre suffit pour qu'il fût dispensé d'avoir *procuratio in rem suam.* Et un dernier pas se fit tout naturellement ; il n'y eut bientôt plus besoin de cette désignation avant la présentation de la lettre à débiteur pour que le porteur fût investi du droit de poursuivre en justice. « Sous l'influence « des nécessités pratiques, et aussi du souvenir de la lettre primi« tive qui, elle, ne contenait pas cette détermination, on songea à « laisser à la désignation ultérieure par le preneur le nom du *præ« sentans ;* de sorte que cette période connut deux sortes de let« tres de change : les premières, copiées encore sur la traite « primitive, qui désignaient d'avance le *præsentans ;* d'autres, « dont le nombre alla se multipliant, qui permettaient au preneur « de le désigner ultérieurement. Cette désignation se fit tout natu« rellement dans celles-ci, comme dans celles-là, sur la lettre « même, soit au bas, soit au revers ; au reste, cette forme était « déjà employée depuis longtemps dans les cas les plus di» vers » (2).

Cette seconde espèce de lettre de change nous apparaît en 1560, elle est conçue en termes tels que le preneur est investi de droits tels aussi qu'il peut mettre un autre preneur, par une formule

(1) Baldus, *Consil,* I. p. 348, n. 6. *Nulla promissio in hac scriptura continetur, tamen videtur subintelligi.* Elle y est sous-entendue. V. Scaccia, § 2, gl. 7, nos 68, 72.

(2) Debray, *Clause à ordre,* p. 46. — V. *Revue historique du droit,* 1885, p. 174 et 175.

identique à celle qui l'a investi lui même, dans sa propre situation et c'est ainsi, sans aller chercher d'autres explications, que nous croyons être née la multiplicité des endossements.

Mais ponrquoi, nous dira-t-on, la lettre ou le titre à ordre du moyen-âge ne pouvait-il pas se transférer de même à plusieurs personnes successivement. C'est, selon nous, que l'on ne sut pas, à ce moment, se servir de l'instrument que f'on avait entre les mains ou, si l'on veut, que l'on ne sentit pas alors le besoin de faire beaucoup circuler le titre. Quand le commerce prit son essor, il eut vite fait de tirer parti de l'outil qu'il avait à sa disposition, il le perfectionna bien vite.

Le mouvement qui aboutit à l'ordre et à l'endossement prit naissance en Italie. Il eût assez tard son contre-coup en France. Savary le fait remonter à 1620 (1). « Étienne Clairac, en 1659, dit « Nougnier (2) est le premier qui parle de l'ordre comme moyen « de transférer la propriété d'une lettre de change. Dans son cha- « pitre V, n° 4, p. 62, il donne un modèle de lettre de change con- « tenant l'ordre, puis, au même chapitre, il explique la valeur de « cette expression. Plus tard, Savary prétend que l'usage de « l'ordre a pris naissance en 1620, tandis que Mareschal, dans son « ouvrage sur les changes et les rechanges, publié en 1625, ne dit « rien qui confirme cette opinion ; son silence ne la détruit pas, « car son traité succinct est principalement destiné à recherche[r] « la nature des diverses espèces de changes ; et la constatation « faite par Clairac trente-quatre ans plus tard semble lui donner « une certaine force. — J'ai même retrouvé dans l'*Instruction sur* « *les lettres de change*, chap. I[er]. p. 4, un renseignement précieux « qui dèterminerait l'époque précise de l'invention de l'ordre. « Suivant l'auteur de cette instruction, avant le ministère de « Richelieu, on ne se servait pas du mot « ordre », mais l'embarras « des procurations qu'il fallait passer et le désir de faciliter « le commerce des lettres de change, dont ce ministre faisait « un très grand usage, donnèrent lieu à l'emploi de ce mot et firent « admettre la négociation des effets de commerce à l'aide d'un « simple endos. Ce serait donc de 1624 (date de l'arrivée de « Richelieu au ministère) à 1642 (date de sa mort) que l'ordre, in-

(1) Parère, 82. T. II, p. 602.
(2) N° 587.

« venté en 1620, se serait développé. Quoiqu'il en soit, le commerce « accueillit cette innovation avec une faveur marquée : il comprit « à merveille combien ses ressources s'augmenteraient par la fa- « cilité de régler des opérations immédiatement, sans frais, « et d'assurer un rapide paiement. Aussi le transport des lettres « par un simple ordre devint-il d'un usage presque général. »

L'ordonnance du commerce de 1673 réglementa législativement la clause à ordre. D'après cette ordonnance, la lettre de change pouvait être à personne dénommée ou à ordre. Au contraire de nos jours, elle ne peut plus être à personne dénommée. Et pourquoi cela ? C'est qu'au moment de l'ordonnauce de 1673, la lettre de change était davantage liée au contrat de change que lors de la rédaction du Code de commerce : d'où la clause à ordre n'était pas absolument indispensable. Puis, plus tard, à mesure que la raison d'être primitive de la lettre de change disparaissait, qu'elle présentait d'autres utilités, la clause à ordre devint de plus en plus inhérente à la lettre de change. Depuis la loi du 7 juin 1894 (1) la clause à ordre s'impose encore plus.

Comment les commentateurs de l'ordonnance ont-ils compris la nature de la clause à ordre ? Leurs explications ne sont pas unanimes et même l'on trouve quelquefois des contradictions chez le même auteur. Savary (2) déclare qu'il y a par l'ordre une « médiation et cession » de la créance et que (3) celui qui a accepté la lettre de change s'oblige « pareillement par le moyen de son acceptation « de payer, non-seulement à celui au profit duquel la lettre « est tirée, mais aussi à celui en faveur duquel l'ordre est passé » (4). Cette opinion se rapproche de la nôtre, et ailleurs Savary nous dit : « L'accepteur est demeuré débiteur (puisqu'il s'est obligé par son acceptation à payer non-seulement à celui au profit duquel elle est tirée, mais encore à celui auquel il passera son ordre) de celui à qui la lettre sera endossée (5).

De la Serra (6) voit, conformément à ce que nous avons admis (7),

(1) Cette loi supprime la nécessité de la remise de place à place.
(2) Parère 58, p. 482.
(3) *Art des lettres de change*, p. 28.
(4) *Parfait négociant*, p. 154.
(5) Parère 24.
(6) P. 71.
(7) P. 12.

dans l'ordre, « une espèce de mandement à l'accepteur ». De plus il admet qu'il y a cession au porteur.

Masson (1) définit l'ordre : « Une subrogation des droits d'une « personne à une autre, qui se met au dos de la lettre de change. » Et Jousse (2) pareillement écrit : « L'ordre est une subrogation « pour mettre le dernier en nom à la place de celui à qui la lettre « était payable originairement. »

Ces dernières définitions ne sont point bonnes, à notre avis ; d'ailleurs Jousse (3) n'est pas bien sûr d'avoir raison, il se met en contradiction avec lui-même et fait intervenir encore l'idée de mandat à laquelle on est d'aillenrs à peu près forcé de revenir.

Les formes de l'endossement étaient fixées par l'article 23 de l'ordonnance : « Les signatures du dos des lettres de change ne « serviront que d'endossement (*procuratio in rem alienam*) et non « d'ordre (qui avait remplacé la *procuratio in rem suam*) s'il n'est « daté, et ne contient le nom de celui qui a payé la valeur en « argent, marchandise, ou autrement. » Notre article 137 C. Co. n'est que le travestissement de cette disposition qui n'est pas inutile et arbitraire, car elle sert à distinguer, par une présomption, l'endos translatif de l'endos de procuration, mais qui est un peu surannée et a été abandonnée en France pour les chèques, et pour les titres à ordre en général par beaucoup de lois étrangères.

Les effets de l'ordre sont indiqués par l'article 24 de l'ordonnance : « Les lettres de change endossées dans les formes pres- « crites par l'article précédent appartiendront à celui du nom « duquel l'ordre sera rempli, sans qu'il ait besoin de transport ni « de signification. » Aussi la loi disait elle-même expressément que la propriété de la traite passait à l'endosseur. (4)

L'obligation de garantie était admise aussi pourvu que le porteur qui voulait recourir contre les endosseurs et le tireur eût satisfait aux obligations énoncées par les articles 12, 13, 14, 16 et 17 de l'ordonnance. Elle « se décompose en trois garanties « distinctes : la garantie de fournir et faire valoir après simple « acte de sommation portant protêt et dénonciation ; la garantie

(1) P. 32.
(2) P. 235.
(3) P. 235 et suiv.
(4) Cf. page 33.

« des faits et promesses du tireur et des endosseurs qui sont que « le tiré était débiteur du tireur ou qu'il a reçu provision, de « sorte que, même au cas d'absence de protêt ils sont tenus s'ils « n'ont pas exécuté cette promesse ; la garantie que le tiré était « bon et solvable et qu'il existait au jour de la traite. » (1)

L'inopposabilité des exceptions existait aussi Mais,sous l'ordonnance comme sous le Code, cet effet de l'endossement n'était pas prévu expressément par la loi. Ce sont les auteurs et la pratique qui l'ont créé. L'accepteur ne peut opposer la compensation au porteur du chef de son endosseur. Ici il y a un texte, l'article 25 de l'ordonnance, qui le dit par *a contrario*. Jousse (2) généralisant cette solution, écrit : « Dans les billets payables à ordre, celui « qui en est le porteur n'a pas à craindre que le débiteur puisse « lui opposer aucune exception du chef de son cédant, le porteur, « quelqu'il soit, en étant le véritable propriétaire, ainsi que s'il « avait été originairement consenti en sa faveur. » On ne cherche pas d'ailleurs à justifier ces solutions et l'on ne distingue pas entre les diverses exceptions.

DROIT INTERMÉDIAIRE. Les hommes de la Révolution qui voulaient tout réorganiser et n'arrivèrent bien souvent qu'à copier les anciennes institutions en les décorant de noms nouveaux, vécurent au point de vue qui nous occupe sous le régime de l'ordonnance de 1673. Ils votèrent pourtant une loi curieuse dont nous aurons à parler, celle du 9 messidor an III, appliquant la clause à ordre à la circulation des hypothèques, loi qui fut un peu plus appliquée qu'on ne le croit généralement.

Et nous arrivons ainsi au projet du Code de Commerce, élaboré dès le Consulat en 1801, devenu loi exécutoire, pour le titre qui nous intéresse, le 21 septembre 1807.

---

(1) DEBRAY, *clause a ordre* p. 60. — SAVARY, p. 69 65. *Parfait négociant* p. 177. DE LA SERRA, p. 168, 244, 291. — MASSON, p. 47, 58.

(2) p. 281.

# SECTION II

## La clause à ordre étendue aux actes civils

### PRÉLIMINAIRES

Comme nous l'avons annoncé dans notre introduction, nous allons maintenant, après avoir étudié la clause à ordre dans le passé, revenir aux temps contemporains, mais à un point de vue plus spéculatif que celui auquel nous l'avons déjà étudiée d'après le Code de Commerce. Nous allons voir comment la théorie de l'ordre et de l'endossement devra être établie dans la législation de l'avenir, nous allons tâcher de démontrer que, dans une refonte éventuelle de nos lois civiles et commerciales, la clause à ordre devra être formellement reconnue applicable à toutes sortes d'actes.

Nous avons essayé de prouver que rien dans l'histoire n'autorisait à soutenir que la clause à ordre ne pouvait pas être insérée dans les actes civils. Nous espérons y avoir réussi, mais il faut maintenant établir le bien fondé de notre théorie par des arguments tirés de l'état de nos textes actuels. Nous allons nous attacher à faire voir que les actes commerciaux ne sont pas les seuls qui soient susceptibles de recevoir l'ordre dans leur teneur et que les avantages de l'ordre et de l'endossement seraient de même fort bien accueillis dans la pratique des affaires civiles.

Il ne serait pas mauvais d'ailleurs de voir la législation s'uniformiser et se simplifier. Les deux Codes, civil et de commerce, pourraient sans doute se fondre en un seul où bien des dispositions seraient le droit unique pour les matières civiles et pour les actes de commerce à la fois. Cette fusion a déjà été timidement ébauchée par la loi de 1863 sur le gage commercial,

loi qui ne s'occupe pas du caractère commercial ou civil d'une créance à remettre en gage, pour décider si cette remise doit avoir lieu d'après les prescriptions de l'art. 2075 C. Civ. ou d'après les nouvelles règles qu'elle édicte. (art. 91 C. Co.) On trouve encore trace de cette tendance à commercialiser en quelque sorte le Code civil dans le désir de certains auteurs qui voudraient voir la faillite remplacer la déconfiture pour les individus non commerçants. Cette idée, qui soulève des difficultés et des complications, comme toute idée que l'on cherche à appliquer, donnerait peut-être d'excellents résultats. Ce n'est pas ici le lieu de la discuter, mais elle montre la propension qu'il y a et à laquelle nous accèderions volontiers de transfuser le Code de Commerce (un Code de Commerce moins suranné que celui qui nous régit) dans le Code Civil et, grâce à cette sorte de sérum juridique, de donner à nos bientôt séculaires institutions une nouvelle jeunesse.

Dans cette législation future, nul doute, étant donnée l'opinion fermement établie aujourd'hui de la Cour de Cassation et de la majorité des auteurs, que la clause à ordre soit formellement reconnue compatible avec l'acte civil. Les controverses seront terminées, à moins que l'on ne discute au point de vue rétrospectif, ce que l'on ne manquera d'ailleurs pas de faire. Cette admission formelle de la clause à ordre, avec tous les effets compatibles avec sa nature et avec les principes, dans les actes civils est un des points capitaux de la commercialisation de nos lois civiles. En reconnaissant qu'un acte civil est transmissible à l'égard de tous au moyen de l'endossement permis par la clause à ordre, la Jurisprudence a préparé les voies à cette rénovation de nos lois civiles, elle a fait un pas de plus dans cet ordre d'idées.

Le plus ancien monument de Jurisprudence de la Cour de Cassation que nous ayons peut-être sur notre question n'est pas favorable, il faut le reconnaître, à la solution que nous nous proposons d'adopter. La Cour a hésité d'ailleurs assez longtemps sur la solution à admettre ; mais elle est aujourd'hui fixée dans le sens que nous adoptons.

Nous ne résistons pas au désir de mettre sous les yeux du lecteur, avant de commencer notre étude, ce monument bientôt centenaire. C'est un « jugement », comme on disait alors, du

« Tribunal » de cassation du 5 pluviose an XI (fin janvier 1803), Sirey T. III, an XI, II, 274, rendu entre la régie de l'Enregistrement et le « citoyen » Leroux-Guaissière. Le rapporteur fut un juge nommé Pajon, le ministère public donna ses conclusions par la bouche de M. Jourde. Un jugement du Tribunal d'arrondissement d'Angers avait décidé que l'endossement d'une obligation pour créance à terme devant notaires, par laquelle il était convenu que le créancier pourrait en passer l'ordre, n'était point sujet au droit d'enregistrement établi pour le transport de cette espèce de créance par l'art. 69 § 3 de la loi du 22 frimaire an VII. Le principal motif de cette décision était que l'obligation ayant été stipulée payable à ordre et entre négociants, on devait la ranger dans la classe des billets à ordre auxquels s'appliquait la disposition de l'art. 70 § 15 de la même loi les exemptant de la nécessité du droit d'enregistrement.

La Régie prétendait en sens inverse, à l'appui de sa demande en Cassation qu'un pareil endossement était un véritable transport de cette obligation et devait en conséquence être assujetti au droit dont l'avait exempté le jugement du tribunal d'Angers.

Le tribunal de Cassation cassa et annula le jugement contre lequel s'était pourvue la Régie, il déclara que l'obligation n'était pas un billet à ordre et que la nécessité de payer le droit s'ensuivait (ceci nous importe peu) ; et de plus, il affirma « que la faculté « stipulée au profit du créancier de pouvoir transmettre l'effet « par simple endossement a..... évidemment pour objet..... « d'en rendre le transport plus facile..... L'endossement d'une « pareille obligation, qui n'a rien de commercial, est un véritable « transport, une véritable cession et délégation de la créance « pour laquelle elle a été contractée ; etc... » Le Tribunal suprême ne reconnaissait donc à l'ordre inséré dans un acte civil d'autre valeur que celle d'une cession, d'un transport ordinaire. Il appuyait avec énergie sur les mots transport, cession, délégation, pour ne laisser aucun doute à ce sujet. La conséquence était que la signification ou l'acceptation était indispensable pour rendre la cession parfaite à l'égard de tous.

Il nous a paru curieux de citer ce jugement, à titre documentaire, avant d'entreprendre notre étude.

La clause à ordre est une convention qui a pour but et pour effet de rendre un titre de créance transmissible, par l'endossement, à l'égard de tous. La loi la déclare obligatoire dans certains actes, ce sont : la lettre de change (art. 110 C. Co.), le billet à ordre (art. 185), les warrants-récépissés des magasins généraux (loi du 28 mai 1858 art. 1er), les warrants agricoles (loi du 18 juillet 1898) ; facultative dans certains autres : les chèques (loi du 14 juin 1865 art 1er), les billets de grosse (art. 313 C. Co.), les connaissements (art. 281) ; l'accord unanime décide enfin qu'elle est insérable, sans que la loi l'ai dit, dans les lettres de voitures et les récépissés de chemin de fer, dans les assurances et dans les factures acceptées.

Voir aussi la loi des 24, 26 août 1824 sur les bons du Trésor, le décret du 28 février 1852 sur les obligations du Crédit foncier, le décret du 31 octobre 1879 sur les bons de monnaie.

Mais, en dehors de ces actes, la raison doit conduire à décider qu'il n'y en a point dans lesquels la clause à ordre soit inadmissible et qu'insérée dans un acte quelconque, elle doit produire, à l'égard de tous, tous les effets qu'il est dans son essence de produire.

La clause à ordre est insérée du consentement du débiteur dans un acte autre que ceux dans lesquels son usage est prévu par la loi ou consacré par la pratique. Que va t-il se passer ? Une lutte assez vive s'est engagée sur ce terrain. On peut établir une sorte de gradation dans les systèmes qui se conçoivent sur ce sujet.

1° Une théorie absolue qui n'admettrait en aucune façon, en dehors des cas établis par la loi ou l'usage que la clause à ordre pût être insérée dans un acte. La clause à ordre ne pourrait être insérée ni dans un acte commercial qui ne serait pas un de ceux prévus par la loi ou consacrés par l'usage, ni, à plus forte raison, dans un acte civil. Dans ces actes, la clause à ordre ne produirait aucun effet, si elle y était insérée, elle y serait comme un membre mort.

2° Faisant maintenant un pas dans l'idée de l'extension de l'ordre, on peut déclarer (et les Cours d'appel ont longtemps été de cet avis) que la clause à ordre est insérable à la vérité dans des actes autres que ceux déterminés par la loi ou l'accord universel, mais qu'il est d'ordre public que, dans ces conditions, elle ne pro-

duise pas tous les effets qu'elle est susceptible de produire dans les autres actes. La clause à ordre, d'après cette opinion, produirait effet entre les parties, c'est-à-dire entre le cédant et le cessionnaire, et aussi à l'égard du débiteur cédé, mais non à l'égard des tiers autres que ce débiteur. Notons que cette opinion considère, ainsi que nous le verrons, le débiteur plutôt comme partie en cause que comme tiers, alors que nous estimons qu'il doit-être considéré comme un tiers et non comme une partie en cause.

3° Un troisième système admet parfaitement que la clause à ordre insérée dans un acte autre que ceux désignés par la loi ou l'accord unanime produit ses effets *erga omnes* ; le cessionnaire est saisi de la créance, les tiers sont avertis, le débiteur cédé, en particulier, est prévenu. Au point de vue des personnes à l'égard desquelles la cession est parfaite, la clause à ordre produit, d'après ce système, des effets très complets. Maintenant, en ce qui concerne les autres effets de la clause à ordre par exemple pour l'inopposabilité des exceptions, ils ne seraient pas produits d'une manière aussi complète. Ce système est celui adopté par M. Domangeat et M. Thaller. M. Thaller (1) dit que seuls les effets de commerce (et tous les effets de commerce sont en fait prevus par loi) peuvent être transmis au moyen de l'ordre avec toutes les conséquences qu'entraîne l'insertion de cette clause. « Au fond, dit-il,cette cession ne vaudra pour les autres « actes que comme une cession civile. » Mais nous ne voyons guère pourquoi cette faveur serait restreinte uniquement aux effets de commerce. Que l'on dise, comme dans l'opinion précédente, que la transmission des actes civils au moyen de l'ordre ne pourra être considérée que comme une cession civile en ce sens qu'elle ne dispensera pas des formalités prescrites par le Code civil, passe encore. On pourrait le soutenir, quoique sans argument

(1) Qu'est-ce qu'un effet de commerce ? M. Thaller en donne une définition dans son traité ( 5e partie n° 1232) « On entend par là, dit-il, des titres ayant « pour objet une somme d'argent liquide payable à une date relativement pro- « chaine, et auxquels une circulation rapide fait tenir la place de la monnaie. » Cette longue définition laisse en dehors de son orbite les warrants-récépissés, les lettres de voiture qui n'ont pas pour objet de l'argent et qui pourtant peuvent bien être considérés comme des effets. Aussi préférons-nous dire que les effets de commerce, sont des titres particulièrement utiles au commerce, sans essayer de donner une définition plus précise.

sérieux. Mais, étant admis que tout acte peut revêtir la clause à ordre, qu'il est transmissible ainsi *erga omnes*, s'arrêter en si beau chemin pour faire un tri parmi les effets de l'endossement et ne lui reconnaître, quand il n'est pas inséré dans un effet de commerce, ou un acte de commerce ou civil désigné par la loi, que quelques unes de ses conséquences, c'est ce que nous saurions admettre.

4° Enfin notre système sera que la clause à ordre peut-être insérée dans n'importe quels actes et qu'elle y produit tous les effets qu'il est dans son essence de produire.

En étudiant l'historique de la clause à ordre, nous avons vu que rien dans la tradition n'empêchait d'étendre cette clause aux actes civils, plus généralement, à toutes sortes d'actes. Ce point est très important, car si rien dans son origine ne limitait la clause à ordre aux actes ou aux effets de commerce, si rien dans la nature de cette clause antérieurement au Code de commerce ne l'empêchait d'être étendue à d'autres actes, on doit décider que sa nature n'ayant pas changé au XIX° siècle, son usage ne doit pas être restreint aujourd'hui plus qu'autrefois.

Nous avons relevé trois opinions contraires à la nôtre qui puissent se soutenir ou tout au moins se concevoir. Dans trois chapitres, nous allons essayer de les réfuter.

## CHAPITRE PREMIER

LA CLAUSE A ORDRE, INSÉRÉE DANS UN ACTE QUELCONQUE, DU CONSENTEMENT DU DÉBITEUR, EST ÉVIDEMMENT VALABLE, ET L'ENDOSSEMENT PRODUIT NÉCESSAIREMENT EFFET ENTRE LES PARTIES EN CAUSE, ENDOSSEUR ET ENDOSSATAIRE.

Ceci est plus qu'un titre de chapitre, c'est un véritable énoncé de théorème et nous serions presque tentés de dire : d'axiome. En effet, ce n'est que par esprit d'ordre et de méthode, et parce qu'il faut parler des parties en cause avant de parler des tiers, que nous traitons la question qui va suivre. Cette question n'en n'est pas une, à vrai dire, et les solutions auxquelles nous nous arrêterons dans le présent chapitre s'imposent, elles sont d'évidence. On ne peut guère soutenir sérieusement qu'entre les parties en cause, c'est-à-dire, notons le bien, entre le cèdant et le cessionnaire, (1) la clause à ordre, insérée dans un acte non prévu par la loi ou non adopté par l'usage, n'ait aucun effet. Qu'est-ce que cette prohibition signifierait ? Que les parties en cause ne pourront transférer entre elles le titre par endossement ? Mais entre elles le simple consentement suffirait pour transférer le droit, (2) l'endossement ne ferait pas plus. Et pour exercer les droits dont il veut bénéficier, la simple remise du titre de la main

(1) Et non, comme on le dit trop souvent, entre le cédant, le cessionnaire et le débiteur cédé. Ce dernier n'est pas partie en cause dans la cession il est un tiers. Dans une cession, comme dans une vente, les parties en cause sont le vendeur et l'acheteur, le cédant et le cessionnaire. Certains arrêts, qui n'admettent pas la validité de l'endossement à l'égard des tiers un acte quelconque, l'admettent vis-à-vis du débiteur cédé et tranchent la question de savoir s'il devra payer encore au cédant, (V. CASS. 11 avril 1849 et CAEN, 4 juin 1876 S. 76 - 2 - 200.) Ce dernier arrêt nous dit : « attendu que sans doute « l'endossement régulier d'une promesse à ordre dépourvue d'une des condi« tions constitutives du billet à ordre vaut transport entre le cédant et le « cessionnaire, comme le dit l'art. 1689 C. Civ. parce qu'aucune loi ne pro« hibe cette formule de transmission des créances ; que par conséquent le « débiteur sera tenu d'en payer le montant au cessionnaire,..... mais que « pour opérer la saisie à l'égard des tiers cet endossement doit être signifié au « débiteur ou accepté par lui dans un acte authentique. » Il fait ainsi une

à la main serait plus nécessaire au cessionnaire que l'endossement. Sans la remise du titre en effet l'endossement n'est qu'une mise en possession de droit, la remise du titre confère la détention de fait. L'endos n'est qu'une remise simulée, fictive, emblématique qui, en fait, coïncide presque toujours avec une remise réelle, mais qui pourrait fort bien en être séparée par par un intervalle de temps plus ou moins long. Qu'adviendrait-il dans ce cas ? Le cédant demeurerait détenteur et le cessionnaire serait dans l'impossibilité de faire valoir en justice les droits qui lui auraient été cédés.

Donc soit au point de vue du droit (consentement des parties), soit au point de vue du fait (possibilité de produire le titre en justice), l'endossement n'ajouterait rien aux facilités de transmission consacrées par les art. 1583 et 1689 C.Civ. Permettre l'endossement, ce n'est donc pas dans l'hypothèse concéder grand chose puisque les résultats auxquels il permet d'aboutir pourraient être obtenus d'autre façon. La vérité est que l'endossement n'a d'utilité que pour nantir le cessionnaire vis-à-vis des tiers, qu'il ne peut se comprendre que par cette utifité et que l'on ne peut discuter que sur le point de savoir si dans tous les actes on peut user des avantages qu'il donne par rapport aux tiers. Mais, entre les parties, le consentement est suffisant ou la remise nécessaire : elle a toujours lieu aussi bien pour les titres à ordre que pour les autres.

Toutes les opinions que nons citerons dorénavant sont émises à propos de l'opposabilité aux tiers de la clause à ordre contenue

---

opposition entre le cédé et les tiers. Laurent (T. 24 n° 498) écrit « sans doute « il est permis de *convenir* qu'un titre de créance non commerciale sera « *négociable* par la voie de l'endossement, celui à qui l'obligation est endos- « sée en deviendra propriétaire puisque telle est la volonté des parties, mais « il ne sera saisi à l'égard des tiers que par la signification ou l'acceptation « du transport. » Par les mots soulignés et par l'ensemble de la phrase, l'illustre auteur montre bien qu'il considère le cédé comme partie qui « convient » qui parle au contrat, pour consentir à ce qu'un titre soit « négociable » par endossement; c'est une erreur à notre avis. Et l'on doit séparer l'étude des effets de l'ordre par rapport au cédé de celle de ces effets par rapport au cessionnaire, on ne doit considérer le débiteur comme une partie en cause ni quand il s'agit d'un endossement ni quand il s'agit d'une cession ordinaire. Nous ne recherchons pas actuellement si le cédé peut payer au cédant, ce qui viserait les effets de l'endossement par rapport au cédé, mais si le cédant, au mépris des droits dont il s'est dessaisi vis à vis du cessionnaire, peut *réclamer* le paiement au cédé, ce qui vise les rapports du cédant et du cessionnaire.

dans les actes civils ou commerciaux dans lesquels l'insertion de l'ordre n'est pas admise formellement par la loi ou acceptée par l'usage. Il ne peut donc y avoir de difficulté sur ce premier point. L'ordre peut être inséré dans n'importe quel acte et produit effet entre le cédant et le cessionnaire. La vraie question est maintenant de déterminer ses effets vis-à-vis des tiers.

## CHAPITRE II

LA CLAUSE A ORDRE INSÉRÉE DANS UN ACTE QUELCONQUE DOIT PRODUIRE EFFET ERGA OMNES, PARTIES CONTRACTANTES DÉBITEUR CÉDÉ ET AUTRES TIERS.

La clause à ordre est donc admissible dans les actes civils. Mais ce ne serait pas là un bien grand avantage si cette clause n'avait de valeur qu'entre les parties, si elle ne produisait pas ses effets *erga omnes* et ne parvenait pas à remplacer la signification et l'acceptation que l'art. 1690 exige pour les actes qui ne la contiennent pas.

En effet, ainsi que nous l'avons dit, l'endossement ne donnerait pas aux parties d'autre avantage que de pouvoir transférer et acquérir la propriété de la créance. Leur volonté suffirait pour cela. Le titre pourrait même être transmis, à la fois quant à la détention, à la possession et à la propriété, de la main à la main s'il était au porteur ; par conséquent l'endossement n'est pas le moyen le plus simple de transmettre le titre, il n'est pas un idéal.

Mais il produit néanmoins de grands avantages. Les titres tels que lettres de change, billets à ordre, chèques, etc., cessibles sans contestation par ce moyen sont, par le fait de l'endossement, cédés à l'égard de tous. L'endossement suffit, sans qu'il soit en aucune façon besoin de signification au débiteur ou d'acceptation par lui dans un acte authentique. Peut-on accorder cette facilité de circulation et de transmission à l'égard des tiers aux actes civils, en général à toutes sortes d'actes ?

Certains auteurs ont refusé de voir dans l'ordre une institution pouvant servir à rendre toute créance cessible vis-à-vis des tiers « Lorsqu'il autorise, dit Vavasseur en faisant allusion au Code « de Commerce, la voie extra-civile de l'endossement, il s'expli- « que formellement. Ainsi pour la lettre de change, pour le billet

« à ordre, pour le connaissement, pour le contrat à la grosse.» (1) Rouben de Couder nous dit : « Comme l'endossement constitue « un mode exceptionnel pour la transmission de la propriété des « droits incorporels, il ne peut s'appliquer à d'autres titres que « ceux spécialement désignés par la loi. » (2) Dubois, sous un arrêt de cassation du 11 août 1873 (3) écrit : « Quelques auteurs « admettent qu'un billet à ordre peut être réduit à ne valoir que « comme simple promesse et demeurer néanmoins transmissible « par endossement. Ce système revient à créer entre les effets de « commerce d'une part, et les simples promesses de l'autre, une « classe de billets ou d'engagements mixtes ou intermédiaires, « tenant à la fois des premières et des secondes sans se confondre « ni avec les uns ni avec les autres, il ne nous semble pas qu'un « pareil système soit admissible. Nous pensons que si le légis- « lateur a dérogé aux règles générales de la cession des créances « c'est seulement à l'égard des effets de commerce, mais non en « faveur des titres qui ne sont pas et ne peuvent pas être des « effets de commerce. » Laurent à son tour se prononce contre l'extention de l'ordre en ces termes : (4)« On a essayé de donner aux « obligations notariées la forme et les effets d'un titre négo- « ciable en stipulant qu'elles seraient payables à ordre. Sans « doute il est permis de convenir qu'un titre de créance non com- « mercial sera négociable par la voie de l'endossement, aucune loi « ne le défend ; mais cette convention ne peut changer la nature « du titre et transformer une créance civile en lettre de change ou « en billet à ordre ; celui à qui l'obligation notariée est endossée « en deviendra propriétaire puisque telle est la volonté des par- « ties, mais il ne sera saisi à l'égard des tiers que par la signi- « fication ou l'acceptation du transport. Pour soustraire les obli- « gations notariées à la règle de l'art. 1690, il aurait fallu une dis- « position formelle du C. de Com. qui assimilât ces obligations « aux lettres de change sous les conditions déterminées par la « loi ; or le dit Code ne renferme aucune disposition qui attribue « à l'endossement par sa nature les effets d'une lettre de change

(1) *Traité des sociétés civiles et commerciales*, T. I n° 479.
(2) V°. *L. de change*, n°s 471, 482.
(3) V. *Sirey*, 1873 - I - 169.
(4) T.24 n° 498 Cf. BÉDARRIDE *L. de change* n°s 678 et 99 combinés.

« ou d'un billet à ordre ; le silence du Code est décisif car, quand, « par exception, il veut donner à un titre notarié l'effet d'un « titre négociable, il le dit, c'est ce qu'il fait pour le prêt à la « grosse qui peut être fait devant notaire et être négociable par « la voie de l'endossement, s'il est à ordre (art, 311 et 313 C. « Com.) »

Et la jurisprudence des Cours d'appel et même celle de la Cour de Cassation a partagé cette opinion ; la Cour suprême y est restée moins longtemps attachée. Les arguments sont les mêmes. (1)

Là où le Code ne s'est pas prononcé pour que l'ordre pût être inséré, il n'y aurait donc pas, d'après cette opinion, possibilité d'admettre la clause à ordre. Faudrait-il dire que dans les actes où l'accord général a, à défaut de texte, admis la clause à ordre avec toutes les conséquences, le caractère commercial est prédominant ou même qu'ils sont des effets de commerce. Mais un de ces actes, l'assurance sur la vie, n'a aucun caractère commercial. Dira-t-on que les actes qui peuvent recevoir la clause à ordre de l'aveu de tous sont de véritables effets de commerce, mais dira-t-on que l'assurance sur la vie est un acte intéressant particulièrement le commerce et ayant pour lui une utilité spéciale ?

Ce système reste donc en présence de cette objection : pourquoi admettre la clause à ordre, avec tous ses effets dans des actes tels que la lettre de voiture, la facture, l'ordre de livraison, les assurances terrestres, et ne pas l'admettre dans tous les actes ?

La doctrine française est en général favorable à l'extension. La Jurisprudence de la Cour suprême s'y est définitivement ralliée.

Le débiteur a, en effet, par le fait même qu'il a souscrit un titre à ordre, accepté pour créancier l'individu quelconque à qui le titre sera endossé et il s'est engagé directement envers lui. L'acceptation dont il est question dans l'art. 1690 est ici remplacée par une acceptation de même nature, mais différente en la forme puisque, le plus souvent, elle aurait lieu par acte sous seing privé,

---

(1) *Limoges*, 27 Nov. 1845 (D P - 47 - 2 - 37 ) *Req.* 11 avril 1849, ( D P. 49. I, 141). V. aussi *Aubry et Rau*. T. IV § 359 bis et la note 3.

et cette acceptation, différente seulement à ce point de vue et à celui du moment où elle est donnée produit les effets de l'acceptation de l'art. 1690 C. Civ. « Quand le titre est à personne dé-« nommée, dit Bravard-Veyrières, le souscripteur s'engage « envers la personne désignée et envers elle seule. Elle pourra « sans doute céder sa créance, car toute créance est cessible, « mais la cession ne sera censée existante à l'égard du débiteur « que du jour où elle lui aura été signifié, à moins qu'il ne l'ait « acceptée..... et l'art. 1690 décide que ce sera (dans) la forme « d'un acte authentique pour l'un comme pour l'autre cas..... « Au contraire, quand le titre est à ordre, il n'est nul besoin de « signification ni d'acceptation. L'endossement seul suffit. En « effet la signification n'est requise qu'à défaut de l'acceptation « du transport. Et le titre contenant la clause à ordre, il s'ensuit « que l'accepteur s'engage directement envers celui qui sera, au « jour de l'échéance, porteur du titre en vertu de l'endossement, « il l'accepte d'avance pour son créancier. C'est donc, comme je « l'ai dit, de la clause à ordre et de cette clause uniquement que « dérive la faculté de céder le titre par endossement. Ainsi, on se « méprend gravement quand on veut rattacher la faculté de céder « le titre par endossement à la nature civile ou commerciale du « titre, ou comme un privilège à la faveur plus ou moins grande « qu'il mérite, en raison des services qu'il est appelé à rendre. « Sa cause véritable et la seule cause, c'est la clause à ordre. (1)

M. Beudant, reprenant et développant cette théorie, écrit (2) : « Il faut bien remarquer que l'introduction de l'ordre dans la « pratique du XVIII[e] siècle fut moins une innovation véritable « qu'une manière particulière et ingénieuse d'appliquer le droit « commun. Le jour où l'on admit que l'acceptation du débiteur « équivalait à la signification qui était antérieurement en usage, « on devait être conduit à se demander à quel moment l'accep-« tation pourrait être faite, et puisque rien ne limitait le temps « d'accomplissement de la formalité, il était inévitable qu'on « décidât qu'elle pourrait être remplie par anticipation tout « aussi bien qu'avant la cession. Or l'ordre n'est pas autre chose « de la part du débiteur que l'acceptation anticipée des cessions

(1) T. III n° 141.

(2) *Note sous l'arrêt de cassation du 8 mai 1878.* — D P, 1878 1 241.

« que le bénéficiaire fera de la créance... ; quand... le titre est « à ordre il n'est besoin ni de signification ni d'acceptation. « Pourquoi ? Parce que la signification n'est requise qu'à défaut « d'acceptation, et que le débiteur, dès que le titre est à ordre, « s'est engagé directement envers celui qui sera porteur à « l'échéance. Si la loi prescrit d'ordinaire la signification ou « l'acceptation, c'est qu'elle présume chez celui qui s'oblige « l'intention de ne permettre la cession qu'à la condition d'en « être informé ; la prescription cesse naturellement d'être appli- « cable quand l'obligé consent à ce que la cession soit efficace « sans lui être signifiée. Or la clause à ordre exprime suffisam- « ment ce consentement, c'est par elle que les parties ont pris « l'habitude de traduire leur volonté. Tout cessionnaire est alors, « par l'effet de la convention intervenue, dans un rapport direct « avec l'obligé, celui-ci l'a accepté d'avance pour créancier... « Si telle est la vertu de la clause à ordre, les effets qu'elle entraîne « tiennent à sa nature même, qu'importe qu'il s'agisse de « créances civiles ou de créances commerciales ? »

C'est l'application à toute créance des principes que MM. Bravard et Beudant, déclarent présider à l'organisation, à l'essence même de la clause à ordre. Et nombreux sont les auteurs qui partagent cette opinion et la justifient de la même manière.

MM. Lyon-Caen et Renault (1), après avoir énuméré les actes dans lesquels l'usage de l'ordre est consacré par la loi ou l'accord général, disent : « Y a-t il là une énumération limitative, de telle « sorte... que pour tout titre non indiqué... par la loi (ou l'usage) « les formalités de l'art. 1690 soient essentielles ? Doit-on, au « contraire, reconnaître aux intéressés la faculté de rendre tout « titre de créance transmissible par voie d'endossement... en y « insérant la clause à ordre ? — La question se pose pour les « créances civiles ou commerciales, que la cession à faire cons- « titue un acte civil ou un acte de commerce..... On accorde « généralement que les parties peuvent créer tels titres de créance « que bon leur semble, tout au moins quand il s'agit de créances « commerciales, quoique des auteurs refusent dans tous les cas « cette liberté aux parties... Nous croyons avec la jurisprudence

(1) T. III, N° 98.

« et de nombreux auteurs, que les parties sont libres de donner « au titre de la créance, quelque soit la nature de celle ci, telle « forme que bon leur semble et que la forme du titre détermine « les formalités à remplir pour que le cessionnaire soit saisi à « à l'égard des tiers. — Pour limiter aux cas déterminés par la « loi les exceptions à l'art, 1690 du c. civ. on invoque les prin- « cipes généraux du droit. L'art. 1690 prescrit, dit-on, des for- « malités de publicité dans l'intérêt des tiers ; il ne peut dépendre « des parties d'exclure ces formalités qui ne sont pas faites pour « elles. Assurément, en matières de ventes d'immeubles, on n'hé- « siterait pas à déclarer nulle la clause d'après laquelle, sans trans- « cription, la vente serait opposable aux tiers. Les formalités de « l'art. 1690 correspondent, pour les créances, à la transcription « pour les immeubles. — Tout en reconnaissant la justesse de « cette argumentation pour les créances civiles, des auteurs don- « nent, comme nous l'avons dit, toute liberté aux parties pour les « créances commerciales : ils s'appuient surtout sur ce que les « usages du commerce font loi. — Cette opinion intermédiaire « n'est pas admissible. En effet les usages ne peuvent rien, même « en matière commerciale, contre des lois impératives. Si l'art. « 1690 est impératif, il ne saurait être écarté par un usage con- « traire ; il régit à la fois les créances civiles et les créances com- « merciales, il ne peut être impératif pour les premières et inter- « prétatif pour les secondes. — Une solution absolue s'impose « donc sous peine de tomber dans l'arbitraire. Rien n'indique « dans l'article 1690 que la règle posée par lui soit impérative. Il « est vrai qu'il s'agit de formalités prescrites dans l'intérêt des « tiers ; mais, comme l'exclusion des formalités de l'article 1690 « du C. civ. ne peut résulter que de la forme spéciale donnée au « titre de créance et que cette forme doit être connu des tiers, « leur intérêt est sauvegardé. Les tiers intéressés dans le sens de « l'art. 1690 du C. civ. sont les cessionnaires de la même créance, « le débiteur cédé, les créanciers du cédant qui veulent former sur « la créance une saisie-arrêt. Les cessionnaires et le débiteur « cédé connaissent nécessairement la forme du titre de créance ; « les premiers en ont reçu la délivrance et le second a conribué « à sa création. Quand aux créanciers du cédant, ils sont avertis

« par le débiteur auquel ils s'adressent avant d'opérer la saisie-
« arrêt. »

M. Thaller écrit (1) : « Dans une créance ordinaire, je m'engage « envers une personne déterminée. Celle-ci cède la créance. Je « pourrais, moi, débiteur, accepter alors la cession, je pourrais « déclarer au cessionnaire Secundus la créance bonne et régu- « lière..... J'adhère à cette cession, je m'oblige envers lui, « là même où la créance ne serait point régulière, parce que je me « porte-fort qu'elle existe, mais en principe c'est bien d'une ces- « sion de créance que je donne acte contre moi-même. — Telle « est la situation dans une cession de créance ordinaire. Or c'est « justement ce qui se passe dans l'endossement de change. Tou- « tefois l'endossement offre une particularité.....Le souscripteur « n'attend pas, pour reconnaître le cessionnaire, que le transport « ait eu lieu ni que ce cessionnaire soit déterminé. Il le fait aussi- « tôt qu'il s'engage, par suite de la clause à ordre. Tout porteur « qui vient ensuite au titre considérera donc le souscripteur pour « son débiteur direct et immédiat, comme si celui ci était inter- « venu à la cession afin d'en affirmer l'efficacité. » Et passant à l'examen de la possibilité d'extension, le savant professeur nous dit (2) : « Il parait bien que les parties au moment du contrat, « peuvent affranchir les cessions éventuelles, dont la créance « serait l'objet, des conditions de l'art. 1690. Le débiteur dispense « le créancier ou son cessionnaire de lui faire une signification ; à « cet égard, il est vrai de dire avec les arrêts que les dispositions « de l'art. 1690 ne sont pas d'ordre public et peuvent être écartés « par la convention. Le Code civil établit en effet dans cet arti- « cle..... un système de publicité..... or, cette même publi- « cité est atteinte par l'endossement. »

C'est encore M. Pascaud, qui s'efforce de prouver que les art. 1690 et 1691 ne sont pas d'ordre public et que l'on peut y déroger. (3)

C'est aussi M. Demanget qui développe les mêmes idées dans la revue pratique de droit français 1873. (4)

---

(1) *Traité.* — Cinquième partie. — N° 1336.

(2) N° 1338 —

(3) *Revue critique de législation et de Jurisprudence* 1878, p. 705,

(4) — p. 100, *Cf. Guillouard*, vente n°s 791 à 793 —

La Jurisprudence est dans ce sens. Mais bien des arrêts que l'on cite comme tranchant la question ne la résolvent pas à notre avis. M. Pascaud appelle par exemple l'arrêt de Cassation du 8 mai 1878 (1) un monument de jurisprudence et l'on cite généralement cette décision comme tranchant la question. De même pour l'arrêt du 11 avril 1849. (2) Et cependant, comme le disait très bien le défendeur en Cassation dans le cours d'un procès solutionné par un arrêt de la Cour suprême, celui du 7 mai 1879, (3) ces deux décisions de 1849 et de 1878 ne visent par tous les tiers ; elles font une distinction entre le débiteur cédé et les autres tiers et ne déclarent pas que pour ceux-ci l'ordre et l'endossement soient suffisants dans les obligations civiles pour rendre ces obligations cédées à leur égard. Les tiers, autres que le débiteur cédé, n'étaient en effet point en cause et les arrêts avaient été rendus sur les espèces seules qui avaient été soumises à la Cour.

Mais l'arrêt de cassation du 7 mai 1879 précité est vraiment concluant, il tranche la question et il la tranche au moyen des mêmes arguments dont se sert la doctrine. De même l'arrêt plus récent du 15 mars 1892 (4) (Chambre des requêtes).

Cette doctrine doit répondre à deux objections, qui ne sont pas irréfutables, mais dont on doit se débarrasser avant de pousser plus avant.

La première objection est purement théorique ; elle consiste à dire que l'on ne peut s'engager à l'avance envers quelqu'un d'inconnu, d'indéterminé, Sur le terrain de la logique absolue, on a peut être raison, mais nous répondons qu'ici il y a une sorte de fiction et que c'est peu à peu et par l'évolution d'un système et d'une idée que l'on est arrivé à cette solution. L'importance de *l'intuitus personæ* du créancier a de plus en plus décliné, on en est arrivé à pouvoir engager envers une personne anonyme.

Que s'est-il, en effet, passé tout d'abord. Le droit romain n'admet que le « *nomen* » puisse changer de titulaire. La créance ne peut être cédée. La personnalité du créancier est alors très importante. Mais on reconnut bientôt que cette théorie était

(1) D P, 1878, I. 141. —
(2) D P, 1849 — L — 141.
(3) S. 1879 I — 421.
(4) D. — 1893. — 1 — 309

inapplicable et, par des moyens détournés, on arriva à s'en défaire. Puis, la cession devint possible sans qu'il y eût à prendre des détours pour parvenir à cette solution. Seulement il faudra que la cession soit signifiée au débiteur. Plus tard, son acceptation pourra remplacer la signification, mais cette acceptation sera d'une personne déterminée. Le débiteur acceptera pour créancier et s'obligera envers un individu déterminé.

Eh bien, du jour où la clause à ordre fut admise, une autre étape fut atteinte. La personnalité de celui envers qui l'on s'engage, l' *intuitus personæ*, a diminué de plus en plus d'importance jusqu'à ce que le débiteur acceptât sans difficulté telle nouvelle personne qu'il plairait au créancier de lui donner pour créancier nouveau, qu'en d'autres termes, il s'engageât par avance envers quiconque serait porteur du titre à l'échéance, la signification étant remplacée par l'acceptation. Cette acceptation est donnée à l'avance, voilà toute la différence qui est expliquée par ce fait que la personnalité du créancier devient très peu importante. Il y a bien longtemps que les créanciers ne sont plus autorisés comme par la loi des VII Tables à couper en morceaux leur débiteur malheureux et à se le partager. *In partes secatur*. D'autres préoccupations sont venues, il s'agit de gagner du temps.... et de l'argent, de faire marcher rapidement les opérations commerciales ; les négociants n'ont pas même songé qu'en théorie, il était difficile de s'engager envers une personne non déterminée et une fois de plus la nouveauté a triomphé des règles trop étroites du droit strict.

Les jurisconsultes ont été amenés à concilier cette pratique avec la théorie en se basant sur l'évolution de l'institution. Pourquoi; après tout, ne pas admettre que l'on ne peut s'engager envers une personne indéterminée, pourquoi le consentement serait-il obligé de s'appuyer, comme sur un pont, sur une personne déjà déterminée, comme au cas de stipulation pour autrui, avant d'arriver à la personne indéterminée.

Dans la matière des sociétés, cette solution est admise sans difficulté. L'évolution a été la même. On a commencé par considérer le contrat de société comme un contrat dans lequel l'*intuitus personæ* était d'une importance capitale. Je m'associe avec Primus et non avec Secundus. Impossibilité pour Primus de se

faire remplacer par Secundus ; le contrat tomberait si cela arrivait. Quelle différence aujourd'hui ! Les Sociétés par actions sont composées de personnes qui, peut-être, ne se connaîtront jamais, l'action passe de mains en mains sans que la Société ait changé de nom ni de constitution. Dans cette matière, on se préoccupe fort peu de la personnalité des actionnaires. Il doit en être de même dans notre question.

Le débiteur accepte à l'avance et s'engage envers un créancier qu'il ne connaît pas. Mais cela se peut parfaitement du moment qu'aojourd'hui les personnalités sont devenues très peu importantes pourvu qu'il y ait des engagements valables et sérieux.

Telle est la première objection.

La seconde consiste à dire que l'acceptation que la doctrine française déclare, et que nous déclarons avec elle, contenue dans le titre à ordre, ne peut être assimilée à celle de l'art. 1690, car elle n'est pas nécessairement faite par acte authentique, alors que l'art. 1690 exige cette authenticité.

La réponse est simple. Lorsque l'acceptation contenue dans le titre à ordre n'est pas authentique — elle l'est quelquefois lorsque le titre à ordre, ce qui n'est pas impossible, est rédigé par devant notaire — c'est nécessairement et par le jeu même de l'institution de l'ordre et de l'endossement. Cette acceptation est donnée à l'avance. Pourquoi ? pour gagner du temps ; s'il fallait recourir au ministère du notaire, on en perdrait. Dire que l'acceptation peut être donnée à l'avance, c'est permettre du même coup qu'elle soit faite par acte sous-seing privé ; aussi dans l'innombrable majorité de cas, l'acte par lequel elle est donnée est-il un sous-seing privé.

La doctrine française peut donc, à notre avis, réfuter victorieusement ces deux objections. Sa théorie est donc acceptable, seulement il faut, croyons-nous, la modifier légèrement sur un point. On dit que l'art. 1690 n'est pas d'ordre public, que l'on peut, par suite y déroger, et pourtant lorsque l'on parle de l'ordre et de la transmission des créances par endossement, on essaie de ramener ces institutions aux principes du droit civil et de ne pas voir de dérogation à ces principes dans ces institutions. Il faut pourtant choisir. L'art. 1690 est-il ou non d'ordre public ?

Nous allons prendre parti en essayant d'établir deux propositions avec lesquelles nous justifierons du même coup l'extension de l'ordre aux actes civils.

1° L'art. 1690 renferme le droit commun de la matière ; il est assez imparfait, mais il est impératif. On ne peut donc y déroger.

2° On n'y déroge pas, en autorisant l'insertion de l'ordre dans un acte.

1° L'art. 1690 est d'ordre public, suranné, mais aussi impératif qu'il est imparfait. Cet article a pour lui toutes sortes de désavantages. Les formalités qu'il édicte sont gênantes et coûteuses, elles forcent les parties à passer par les mains des gens de loi, elles aboutissent à une publicité illusoire et, par dessus tous ces agréments, elles sont, à notre avis, d'ordre public. L'art. 1690 est un texte qui a le courage de son opinion ; il prétend organiser un système de publicité répondant aux nécessités de la pratique et il l'impose bon gré mal gré.

Le but que la loi poursuit dans cet article c'est, en effet, la sauvegarde des intérêts des tiers, la protection de la sincérité et par suite de la sécurité dans les transactions ; elle veut mettre en garde les tiers contre toute surprise. D'ailleurs, si l'esprit de la loi ne laisse guère d'illusion sur ce point, il en est de même de sa lettre ; les termes sont impératifs : « Le cessionnaire *n*'est saisi à « l'égard des tiers *que* par la signification du transport faite au « débiteur. *Néanmoins*, (c'est une concession faite par la loi), le « cessionnaire peut être également saisi par l'acceptation du « transport faite par le débiteur dans un acte authentique ». Ces motifs et ces termes ne laissent dans notre esprit aucun doute sur le caractère de texte d'ordre public de l'art. 1690.

On va nous objecter peut-être que si le débiteur accepte par acte sous-seing privé ou verbalement, il est suffisamment averti, que, par conséquent, l'art. 1690 subit là une dérogation, puisqu'il prescrit l'authenticité et qu'une acceptation même verbale peut suffire dans ce cas. Oui, mais aussi, qu'on le remarque bien, cette acceptation ne rendra pas la cession efficace vis-à-vis des tiers autres que le débiteur qui l'a donnée ; un cessionnaire subséquent de la créance qui ferait signifier par huissier la cession après qu'un autre cessionnaire aurait fait accepter par acte sous-seing privé ou verbalement serait préféré à ce dernier.

L'acceptation non authentique du débiteur n'est qu'un engagement de payer entre les mains du cessionnaire au lieu de payer entre les mains du cédant. Le cessionnaire devient alors pour lui le véritable créancier, mais cet engagement ne vaut pas vis-à-vis des tiers autres que le cédé. Il n'y a pas là publicité efficace dans l'idée du législateur, et ce n'est que quand il y a signification (nécessairement authentique) ou authenticité de l'acceptation que celui qui a pris de semblables précautions, a garanti efficacement aux yeux de tous les droits qu'il a acquis.

2° Il sagit de prouver maintenant que l'on ne déroge pas à l'art. 1690 en insérant l'ordre dans un acte et en le transférant par endossement. Or, cela résulte d'abord de ce que nous avons dit, à savoir que l'endossement est une cession et que l'insertion de l'ordre vaut acceptation par avance de cette cession.

D'ailleurs dans les textes où il cite tels ou tels titres à ordre, le législateur ne fait qu'appliquer le droit commun contenu dans l'art. 1690, il n'y a pas dérogé. Les actes tels que les lettres de change, les chèques, les connaissements étant des actes très usuels, la loi s'est expressément expliquée pour eux. Pour les autres actes, la même solution doit être donnée et l'institution si simple et à la fois si efficace de l'endossement doit être admise pour la cession de ces actes. Lorsqu'une créance est transmise par ce mode, l'endossataire est, en effet, par le fait même de l'endossement, nanti *erga omnes* de la créance. Il n'a rien à craindre, à moins que le débiteur soit insolvable ainsi que les garants ; mais, sous cette réserve, il peut considérer la créance comme bien à lui, et compter sur la somme qu'elle représente ; il n'a pas à redouter d'être primé par un autre cessionnaire ou évincé par un créancier du cédant. Et cela sans qu'il soit besoin d'une signification ou d'une acceptation authentique. Et nous admettons qu'il n'y a là qu'une application de l'art. 1690, que la souscription du titre à ordre est une acceptation donnée par le débiteur de la cession éventuelle et du créancier futur, qu'elle est une acceptation de même nature que celle du Code civil et différente seulement en la forme.

Cette différence de forme ne suffit pas, ainsi que nous l'avons vu, pour établir qu'il y ait dérogation à l'art. 1690. Cet article est bien d'ordre public, mais du moment que nous l'appliquons et

que nous n'y dérogeons pas, ce caractère est indifférent. Or, une dernière considération qui prouve que nous ne dérogeons pas à cet article est la suivante : L'art. 1690 est impératif, mais dans les limites de son esprit. Pourquoi veut-il l'authenticité ? Dans le but de donner date certaine à l'acceptation de façon à ce qu'un cessionnaire ne soit pas lésé par une acceptation, postérieure à celle de la cession à lui consentie, mais autidatée. Or, dans l'acceptation résultant de la clause à ordre, cette antidate n'est pas à craindre puisqu'elle a évidemment lieu avant toute cession, au moment même de la création de l'obligation à ordre. Il n'est donc pas indispensable que l'acceptation soit authentique.

Par conséquent nous croyons avoir démontré que l'endossement est une cession acceptée par le débiteur conformément au droit commun, et que cette acceptation, quoique donnée par avance et ayant bien le plus souvent par acte sous seing privé, n'est tout de même pas autre chose que l'acceptation dont il est question dans l'art. 1690. C. Civ.

La théorie de l'ordre et de l'endossement n'est donc à nos yeux qu'une application du droit commun. Dans ces conditions il est bien facile de justifier l'extension à tout acte de l'ordre que la loi déclare obligatoire ou autorisé dans quelques-uns, et que l'accord général a déclaré insérable dans d'autres.

Si, en effet, le législateur n'a pas dérogé, dans le paragraphe de l'endossement, au droit commun d'ordre public qu'il avait établi dans l'art. 1690 C. civ, ces textes, relatifs à l'endossement, peuvent être étendus. S'il se trouvait à la fois que l'art. 1690 fût d'ordre public et que le législateur y dérogeât dans les articles consacrés à l'endossement, lui seul aurait eu le droit de le faire et nous ne pourrions étendre sa dérogation ; mais du moment qu'il ne fait qu'appliquer, en les appropriant aux actes à ordre, les théories de la cession, nous ne dérogeons pas plus que lui au droit commun en insérant l'ordre dans un autre acte. Ce qu'il fait pour les lettres de change, les billets à ordre etc., à titre d'exemple en quelque sorte, rien ne nous empêche de le faire pour tous les actes.

Les arguments tirés du simple raisonnement sont pour nous. Y a-t-il des textes précis qui soient contre nous ? Nous n'en trouvons aucun au Code civil. Et ceux du Code de Commerce ne sont pas davantage opposés à notre théorie. Si nous prenons, en effet, argu-

ment des articles du Code de Commerce qui parlent des titres à ordre et de l'endossement, nous voyons notre solution découler de leur teneur d'une façon toute logique et toute naturelle. Les textes énumèrent seulement en effet les formalités de l'endossement et non les actes à ordres, ils ne sont pas limitatifs sur ce dernier point ; ils parlent d'actes à ordre, voilà tout ; or ce sont les seuls que nous visions, les seuls que nous voulions transférer par la voie de l'endossement. Nous pensons que ces articles ne sont pas limitatifs dans l'énumération qu'ils donnent des actes à ordre. En effet rien ne vient nous autoriser à croire qu'ils soient limitatifs. Dans leur lettre ni dans leur esprit, il n'y a quoi que ce soit indiquant en eux ce caractère. Ils se bornent non pas à énumérer les actes à ordre, mais à nous dire quelles sont les formes de l'endossement, et quelle forme doit revêtir un acte pour être, non pas un acte à ordre, mais tel ou tel acte à ordre, une lettre de change, un billet effet de commerce, etc. D'autres actes à ordre peuvent exister en dehors de ceux-là. Rien, absolument rien dans le Code de Commerce, ni d'ailleurs dans aucun texte), ne vient dire le contraire.

Sans nous étendre plus longtemps sur les avantages que présentent l'ordre et l'endossement faisons remarquer avec M. Pascaud (1) que « sous l'influence des idées économiques favorables « à la diffusion du crédit, à la célérité qui est l'âme des affaires « aussi bien dans les actes de la vie civile que dans les actes « commerciaux, à la suppression des formalités gênantes et onéreuses que la libre convention des parties peut suppléer », il s'est opéré d'une façon aujourd'hui complète dans la Jurisprudence une évolution qui a eu pour résultat de ne plus tenir aucun compte des objections surannées que l'on peut adresser à la théorie de l'extension de l'ordre à tous les actes.

Nous avons indiqué plus haut que les formalités de l'art. 1690 étaient gênantes et onéreuses, la Jurisprudence a donc bien fait d'admettre dans toute créance l'insertion de l'ordre dès que les contractants déclarent la vouloir.

(1). Op. loc. cit.

## CHAPITRE III

### RÈGLES ET EFFETS APPLICABLES AUX ACTES A ORDRE VISÉS PAR LA LOI ET QUI DOIVENT ÊTRE APPLIQUÉS A TOUS LES ACTES A ORDRE.

L'ordre est donc insérable dans toute convention. La créance à ordre qui naît de cette convention est, par suite, cessible à l'égard de tous par endossement, comme sont cessibles par ce mode les divers actes à ordre dont s'occupent les textes.

Mais il y a des effets autres que la cession *erga omnes* qui se produisent dans les actes à ordre réglementés par la loi. Il y a aussi des règles applicables à ces mêmes actes. Il y a lieu maintenant de se demander quels sont ceux de ces effets, quelles sont celles de ces règles qui seront applicables à un acte non prévu par la loi et ne présentant pas d'autre particularité que l'ordre inséré dans sa teneur.

Pour résoudre la question il faut diviser ces règles et ces effets en deux catégories. Les règles ou les effets qui auront leur raison d'être dans l'ordre, qui seront liés à l'ordre comme la conséquence à la cause devront naturellement être étendus à tout acte qui contiendra la clause à ordre dans sa teneur. Les autres ne devront pas l'être.

Nous allons vérifier le bien fondé de ces deux propositions.

1) Le premier est le plus important effet qui soit produit par la clause à ordre, après la saisine *erga omnes* du cessionnaire, est l'inopposabilité des exceptions. Nous croyons, disons nous, que c'est là un effet de la clause à ordre. Cette clause avertit le souscripteur que le titre doit circuler rapidement et sans entrave.

C'est un complément indispensable de la saisine *erga omnes* de l'endossataire. C'est d'ailleurs non un point de détail ou de forme mais une conséquence générale et de fond. C'est par essence, peut-on dire, que la clause à ordre entraîne l'inopposabilité des

exceptions. M. Thaller est bien d'autres (1) refusent cette extension. « L'inopposabilité des exceptions, dit M. Thaller, est une « règle nécessairement cantonnée dans les effets de commerce. Il « n'est pas bon, il est même dangereux que le débiteur, à raison « de la forme donnée à son engagement, se livre pieds et poings « liés aux porteurs futurs, ce qui reviendrait à se livrer de cette « manière au créancier lui-même. C'est bien assez qu'on puisse « se river à la chaîne du change. En dehors de cette forme d'obli- « gation, le débiteur est recevable à opposer l'inexistence ou l'ex- « tinction ne la dette à toute personne. — Admettez par hypothèse « la généralisation de notre règle. Par une porte dérobée, toutes « les dispositions exceptionnelle du change envahiront les autres « conventions. On ne saura plus où s'arrêter. Si l'on est consé- « quent avec soi-même, il faudra dire que l'endosseur est *garant* « *du paiement* de la somme à l'échéance, que cette garantie ne « durera que *quinze jours* après le protêt ; par conséquent, il « faudra étendre à ces titres l'obligation du *protêt*, *la prescription* « *de cinq ans*, la défense pour les créanciers de pratiquer *saisie* - « *arrêt* etc, c'est inadmissible (2). »

Tel n'est pas notre avis. Il peut y avoir des conséquences inadmissible, on ne les admettra pas, et d'autres qui, découlant de la conception de l'ordre, devront être admises. On n'est donc pas forcé, du moment que l'on accepte une « disposition exceptionnelle « du change », d'admettre toutes les autres. Un criterium logique nous permettra de faire le départ entre celles qui sont admissibles et celles qui ne le sont pas.

Nous croyons donc que l'inopposabilité des exceptions et un effet qui a l'ordre pour cause. L'ordre, avons nous dit, ne produit qu'un seul effet, celui de permettre l'endossement. Nous avons ajouté que l'endossement produit à son tour divers effets parmi lesquels se trouve l'inopposabilité des exceptions. Cette inopposabilité est donc un effet non immédiat, mais cependant très direct de la clause à ordre. Tout acte qui contiendra cette clause bénéficiera donc de cet avantage, bien entendu sous les conditions et

(1) P. ex. BRAV-VEYRIÈRES, op. cit.— BEDARRIDE, op. cit. n° 678, 679, 680. NOUGUIER, n° 1471 et 1472.— ALAUZET, n° 1342. — Nous avons pour nous MASSÉ, T. III. n° 1573 et T. IV. n° 2301 et *Cassation* 11 avril 1849 D. P. 49-1-141.

(2) THALLER, op. cit. n° 1341.

les réserves que nous avons indiquées lorsque nous avons parlé de l'inopposabilité des exceptions.

2) L'ordre et l'endossement entraînent par eux-mêmes deux autres conséquences, celles de la garantie et de la solidarité. L'endossement étant une cession de créance autorisée et acceptée d'avance, le cédant s'oblige à la garantie. L'endosseur et le tireur (quand il s'agit d'un titre comportant ce personnage) garantissent à tout porteur le paiement de la créance. Cette garantie est solidaire, car le porteur non payé peut se retourner contre qui il veut des garants, les actionner tous au besoin.

Ces effets, la garantie et la solidarité, découlent de l'insertion de l'ordre. C'est pour que le titre circule facilement, grâce à la confiance qu'elles inspirent, que ces deux conséquences de la garantie et de la solidarité ont été admises. Ce sont là encore des compléments de la saisine *erga omnes* de l'endossataire, des effets que tout acte à ordre doit, en conséquence, produire (1).

3) Est encore un effet de l'ordre la défense aux créanciers de l'endosseur de faire saisie-arrêt à l'encontre du porteur entre les mains du débiteur. Voilà une règle qui doit aider à la circulation des effets à ordre, et qui fait partie de ce faisceau de garanties attachées à l'émission d'un pareil acte. D'ailleurs le porteur est un cessionnaire puisqu'il a reçu l'effet par endossement, et il en est saisi *erga omnes*. Or, en droit civil, après l'acceptation ou la signification qui saisissent *erga omnes* le cessionnaire, les créanciers de ce dernier perdent leur droit de saisir-arrêter à son encontre le montant de la créance entre les mains du cédé. Il doit en être, et il en est de même ici.

4) Nous appliquerons aussi à tout acte à ordre, les règles concernant les devoirs du porteur : l'obligation de présenter l'effet le jour de l'échéance et de dresser protêt le lendemain au cas de non paiement, la libération des garants dans les délais impartis par la loi. Ces règles sont déclarées par le code de commerce applicables au billet à ordre que ce billet soit civil ou commercial, et par cela seul que l'on se trouve en présence d'un acte à ordre.

(1) Contra BEDARRIDE, p. 680. Cette opinion ne doit pas étonner de la part d'un auteur qui repousse radicalement l'insertion de l'ordre dans un acte civil. Et il en est de même pour l'opinion qu'il émet au sujet des autres effets comme l'inopposabilité des exceptions.

Ces devoirs du porteur, ces déchéances sont d'ailleurs bien justes, du moment que le porteur a des droits assez exorbitants. C'est le revers de la médaille et ce sont là des règles qui facilitent la circulation des effets. Un effet sera plus facilement pris à l'escompte si celui à qui on le négocie sait que devenu à son tour de porteur endosseur, il bénéficiera d'une prompte libération de son obligation de garantie, s'il sait qu'il y aura une preuve certaine du non paiement allégué par le porteur, s'il sait que cette preuve, le porteur doit la constituer rapidement par la confection d'un protêt.

Nous avons dit que les règles qui n'avaient pas leur raison d'être dans la nature « à ordre » du titre ne devraient pas être étendues aux actes quelconques qui seraient munis de cette clause. Cette proposition n'est pas aussi évidente que celle que nous venons d'examiner. Si tous les effets résultant nécessairement de la clause à ordre doivent logiquement se produire lorsque l'on est en face d'un titre à ordre, si toutes les règles applicables, en raison de l'ordre, aux titres à ordre, dont s'occupe la loi, doivent être appliquées à tout autre acte contenant la même clause, il ne s'ensuit pas inévitablement en sens inverse que certaines autres règles quoique ne tenant pas à l'ordre ne devront pas être étendues. Mais nous verrons cependant que, pour d'autres raisons tout au moins que celle provenant du manque de rapport entre l'ordre et ces règles, elles ne doivent pas être étendues Examinons-les.

1) Pour ce qui est de la compétence, c'est-à dire pour décider devant quelle juridiction le débiteur d'une obligation à ordre devra être assigné en paiement ou en garantie, nous croyons qu'il faudra se référer au caractère civil du titre et lancer non pas une citation devant le Tribunal de commerce mais un ajournement devant le tribunal civil. En effet l'acte civil est en principe de la compétence du Tribunal civil, et l'acte de commerce seul doit aller devant le tribunal de commerce. Maintenant il faut remarquer que quelquefois l'acte est commercial d'un côté et civil de l'autre, il en est ainsi au cas d'assurance. L'assureur a fait un acte de commerce et l'assuré a accompli un acte civil. L'assureur attaque-t-il, il ajournera, se défend-il, il sera cité.

Que les adversaires de l'extension ne nous accusent pas de

contradiction en nous disant : « Vous prenez ici en considération le caractère civil du titre, vous établissez une différence entre l'acte civil et l'acte commercial, cette différence existe en effet et nous répétons qu'elle suffit pour empêcher l'ordre d'être inséré. » Nous répondons qu'il n'est dit nulle part dans la loi que l'acte civil répugne à la clause à ordre tandis qu'il est bien entendu, et l'on est d'accord pour admettre que c'est la nature civile ou commerciale d'un acte qui entraîne la compétence civile ou commerciale (1).

2) La prescription de 5 ans applicable aux lettres de change et aux billets à ordre commerciaux ne doit pas, croyons-nous, être appliquée dans les actes civils à ordre.

Cette règle ne tient pas à la nature à ordre du titre, l'art. 189 C. Co. déclare en effet par *a contrario* que les actions relatives aux billets à ordre qui n'ont pas pour but de constater une opération commerciale restent soumis à la prescription de 30 ans. Il doit en être de même, par conséquent, pour tous les actes civils qui contiennent la clause à ordre. Quant aux actes commerciaux à ordre qui ne rentreraient pas dans les prévisions de la loi, nous estimons que l'art. 189 est limitatif, (il n'y a qu'à le lire pour s'en convaincre) et nous leur appliquerions aussi la prescription de 30 ans.

3) De même nous n'étendrons point aux actes civils unilatéraux à ordre la dispense de la formalité du « bon ou approuvé » exigée par l'art, 1326 du Code Civil pour les actes unilatéraux constatant l'obligation de payer une somme d'argent. Notre raison d'en décider ainsi est la suivante :

Le motif pour lequel la loi commerciale dispense certains actes, même lorsqu'ils sont souscrits par des non commerçants, de cette formalité n'est pas la même d'après tous les auteurs, mais,

---

(1) Dans le cas particulier de lettres de change ou de billets à ordre signés par des femmes ou des filles non commerçantes, on peut voir dans notre sens Nouguier, T. II p. 176, Orillard, *Compétence et procédure* nº 386, Bordeaux 11 août 1826, Rep. Vº *compétence commerciale*, nº 185. Contra Domanget, *revue critique*,1873,p. 100. Les solutions respectives peuvent être étendues à tous les cas d'actes commerciaux prévus ou non par le Code et notamment par le cas de l'art. 113 (femmes signataires d'une lettre de change). Nous croyons, conformément à l'opinion de M. Labbé, que le Tribunal de Commerce est incompétent pour une lettre de change à propos de la quelle une femme est poursuivie et nous admettons l'opinion complete de cet auteur qui décide que la femme est libre de ne pas soulever cette incompétence (*argt. des mots « à leur égard »* de l'art. 113).

à quelque parti que l'on se rallie, on est obligé d'admettre qu'il ne faut pas étendre cette dispense aux actes civils à ordre. Les uns disent que la raison de la dispense du « bon ou approuvé » est la commercialité de l'acte. La lettre de change en est dispensée parce qu'elle est un acte commercial. Le billet à ordre n'en est par suite dispensé que s'il est souscrit pour cause de commerce et les actes civils, dont nous nous occupons, ne devront pas, dans cette opinion, être dispensés de cette formalité. Mais les actes de commerce à ordre jouiront de la dispense.

Les autres auteurs déclarent que la commercialité de l'acte n'a rien à voir dans la question. La lettre de change, le billet à ordre, etc., ont un rituel parfaitement défini et délimité, la solennité de ces actes s'oppose à ce que d'autres mentions que celles déterminées par la loi y soient nécessaires. C est à cette opinion que nous nous rallions. Or les actes civils à ordre ne sont point des actes solennels, ce sont des actes quelconques qui n'ont de différence avec les actes ordinaires que la mention de l'ordre. Rien ne nous autorise, en conséquence, à leur étendre la dispense, d'autant plus que cette dispense n'est pas une excellente chose. (1) Dans ce système, les actes de commerce qui ne seraient pas réglementés par la loi, quant à leur formule de rédaction, d'une façon précise, ne bénéficieront pas de la dispense.

4) Même raisonnement pour la date certaine. L'effet de commerce fait foi par lui-même de la date de son émission et de ses endossements. On a donné de cette force attachée à l'effet, les deux explications que l'on a fournies au sujet de la dispense du « bon ou approuvé »; chaque explication arrive à exclure les actes civils à ordre du bénéfice de la dispense de faire donner date certaine à l'acte comme de celle du « bon ou approuvé », mais la première admet naturellement que les actes de commerce à ordre bénéficient des deux dispenses. Nous nous rattachons à la deuxième explication pour ce cas comme pour l'autre et donnons pour les actes de commerce et les actes civils à ordre les mêmes solutions que nous avons données à propos du « bon et approuvé. »

Nous avons ainsi passé en revue les règles et les effets afférents aux titres à ordre dont s'occupe la loi pour savoir si l'on devait les étendre aux actes civils. Nous devons enfin nous demander si

(1) THALLER, *Traité*, 5e partie n° 1351.

l'endossement des actes civils, dont il s'agit, doit être un endossement conforme à celui de l'art. 137 du Code de Commerce, c'est-à-dire un endossement régulier. Nous croyons que l'on peut se départir de cette rigueur. Tout d'abord les formalités de l'endossement sont des formalités de droit étroit ; dans ces conditions, l'on ne peut guère les étendre à d'autres cas que ceux pour lesquels elles ont été établies. De plus, depuis la loi de 1865 sur les chèques, nous voyons que la loi se départit de ses exigences. Ceci nous indique l'esprit dans lequel devra se faire la loi future que nous prévoyons à l'avance avec les partisans de notre opinion sur l'extension de l'ordre. Les titres civils à ordre pourront être endossés et remis en propriété sans aucune condition particulière, comme peuvent l'être les chèques (1) - (2).

---

(1) Paris 13 décembre 1876 D P 1878-2-18. Contra M. Couteau (*Assurances sur la vie*, page 353) qui admet que l'endossement gratuit n'est en conséquence pas possible. La conséquence nous paraît mal déduite. L'endossement gratuit est possible d'après nous, même si l'endossement irrégulier faute d'indication de la valeur fournie n'était pas capable de transférer la propriété.

(2) Le Code allemand est hostile à l'extension de l'ordre. Il déduit de cette idée la conséquence suivante : point de garantie exceptionnelle établie par les art. 14 et 81 pour les actes à ordre ni aucun des autres effets qui se produisent dans les actes à ordre.

## APPENDICE AU TITRE II

### OBJECTION SPÉCIALE TIRÉE DE LA PRATIQUE

En droit, nous avons donc établi la possibilité de l'insertion de l'ordre dans tous les actes, ainsi que la possibilité d'appliquer à ces actes telle ou telle règle, tel ou tel effet des contrats à ordre réglés par la loi.

Il s'agit maintenant de savoir si l'insertion de l'ordre dans un acte quelconque ne serait pas de nature à entraîner certaines difficultés ou certaines complications ; si même ces complications et ces difficultés ne seraient pas telles qu'elles pussent aboutir dans un certain cas à l'exclusion en fait de la clause qui nous occupe. En droit la clause serait alors misérable ; en fait on devrait se garder d'en user, dans le cas du moins dont nous parlons.

Quelles sont donc ces difficultés ?

Lorsqu'un titre est à ordre, le plus souvent, c'est sous seing privé qu'il est dressé. Il n'existe pas de minute séparée du titre circulant, minute qui resterait chez un dépositaire et dont le sort serait ignoré des porteurs de la grosse. De telle sorte que lorsque le porteur du titre unique à ordre reçoit le paiement de ce qui est dû en vertu du titre, il remet ce titre au débiteur qui est alors complètement rassuré. Il n'a pas à craindre que quelqu'un vienne de nouveau, muni du titre, lui en demander le paiement. « En fait « au moins, dit M. Beudant (1), dans les effets négociables, « le droit se confond avec l'écrit qui le constate, la cession du « droit avec la remise du titre ; c'est pour cela..... que la quittance « sans la remise du titre serait inefficace. Le titre porte donc iné- « vitablement la trace des transmissions dont le droit peut avoir « été l'objet ; et alors il n'y a plus à craindre que les débiteurs « soient exposés à payer sans le savoir aux mains de qui n'est plus « créancier, ou que le créancier puisse tromper un cessionnaire

(1) *Op. loc. cit.*

« en lui transmettant un droit déjà transmis à un autre. Par suite, « il est tout naturel que la signification ou l'acceptation cessent « d'être exigées ; la dérogation au droit commun tel qu'il résulte « des articles 1690 et 1691 du Code civil n'a aucun inconvénient. Il « en est de même quant aux créances civiles constatées par acte « sous seing privé ; il en est de même encore quant aux mêmes « créances passées par acte notarié délivré en brevet ; mais « la situation change complètement quand il s'agit d'obligations « notariées par acte rédigé en minute. »

En effet, il nous faut rappeler ici que les lettres de change et les billets à ordre peuvent être dressés par devant notaires. C'est ce qui est établi aujourd'hui. Ces titres peuvent donc être des titres notariés, car les parties ont le droit incontestable de faire donner à leurs conventions l'authenticité si elles le désirent, soit qu'elles se fassent délivrer en brevet le titre qui les constate (art. 20 de la loi du 25 veutôse an XI), soient qu'elles fassent de ce titre conserver minute par le notaire et n'en détiennent que des grosses ou des expéditions. « Il n'y a évidemment pas de motif, dit Dalloz, pour « empêcher de donner à tel acte la forme authentique, aucun « inconvénient ne peut en résulter. » Il a été décidé dans ce sens qu'une lettre de change ou un billet à ordre peut être passé par devant notaire. Admettre le contraire, ce serait priver les personnes illettrées du droit et de la faculté de faire de pareilles négociations (1)..

Et cette faculté devra être à plus forte raison accordée à ceux qui désirent faire rédiger à ordre un simple acte civil, la forme notariée étant plus habituelle lorsqu'il s'agit d'un acte civil que lorsqu'il s'agit d'un acte de commerce.

Soit donc une obligation civile en la forme notariée, rédigée en minute et dont une grosse est délivrée au créancier. Si le titre de la créance était en brevet, aucune difficulté spéciale ne se présenterait, pas plus que s'il était sous seing privé. Une fois remis au débiteur lors du paiement, comme il ne resterait pas minute de l'acte, ce titre en brevet établirait sa libération non pas tant par l'acquit que par ce fait surtout que personne ne pourrait venir ré-

(1) Dalloz, jur. gén. V° *Effets de commerce* n°s 38 et 431 et les arrêts qui y sont rapportés : Grenoble, 17 nov. 1836 et Cassation, 30 juillet 1828. — Merlin, *Répertoire*. V° *L. de change*, § 2, n° 7. — Pardessus, t. II, n° 330.

clamer le paiement une seconde fois. Mais, comme le dit M. Beudant, la situation change complètement quand il s'agit de titres en minute. Le débiteur ou ses héritiers peuvent alors payer sur la minute au créancier originaire alors que la grosse est entre les mains d'un cessionnaire. Ce cessionnaire viendra ensuite pour se faire payer et le débiteur sera obligé de s'exécuter : 1° parce que la quittance ne vaut pas sans la remise du titre et que le créancier n'a pu lui remettre ce titre qui est sous forme de grosse entre les mains d'un tiers porteur ; 2° parce que l'endossement mis au dos de cette grosse a complètement saisi le cessionnaire et rend non valable le paiement effectué entre les mains du créancièr originaire.

Le débiteur n'aura que la ressource d'une plainte en escroquerie, si les éléments de ce délit se retrouvent dans les agissements dont il a été victime, contre le créancier originaire et encore, s'il obtient des réparations civiles, elles seront singulièrement atténuées. L'imprudence du débiteur est en effet très grande et nous allons la montrer. Nous trouvons dans cette imprudence la justification irréfutable de la possibilité d'insérer l'ordre dans un acte civil, même notarié et rédigé en minute. Nous y voyons, en d'autres termes que cette clause n'est pas plus dangereuse là qu'ailleurs pourvu que le débiteur ait, nous ne dirons pas la pratique des affaires, mais même les plus simples idées de prudence.

Le moyen de prévenir tout mécompte est bien simple. Le débiteur n'a qu'à demander, lors du versement des espèces, quelle est la personne qui est en possessisn de la grosse, à qui le titre a été endossé. La possibilité d'un endossement ne peut être ignorée de lui puisqu'il s'est engagé « à ordre ». Et le notaire, devant qui nous le supposons, puisqu'il va payer sur minute, lui expliquera que c'est la grosse seule qui porte les endossements s'il y en a eu. Il lui conseillera d'attendre que cette grosse lui soit présentée et remise pour s'acquitter. Le débiteur n'a pas besoin d'être grand clerc pour user de cette précaution pas plus que pour inviter le notaire à lui donner un conseil pratique au moment du paiement. « Il faut, « dit M. Pascaud, pour que les tiers soient l'objet d'une protection « élevée à la hauteur d'un principe d'ordre public, que le préjudice « soit forcé, inévitable, nécessaire pour ainsi dire. Or dans l'espèce » il sera tout à fait exceptionnel et n'atteindra pas le plus intéres-

« sant de tous les tiers, le débiteur cédé, ainsi que nous espérons « pouvoir le démontrer. Pourquoi le débiteur aurait-il besoin « d'être protégé spécialement ? De deux choses l'une : ou l'obliga- « tion sera en brevet et les endossements seront apposés sur le « titre lui-même ; alors le dernier cessionnaire remettra au débi- « teur en recevant son paiement le titre qui constate l'existence « de la créance et ce débiteur ne pourra être lésé ; ou l'obligation « sera faite en minute et c'est sur la grosse qui sera délivrée que « les endossements seront successivement inscrits. Dans ce cas, le « débiteur ne devra payer qu'en exigeant la remise de cette « grosse ; s'il se libère sans prendre cette précaution, c'est le cas « de dire : *Vigilantibus, non stultis jura subveniunt*. Il savait que « la stipulation de la clause à ordre aurait pour résultat de « lui donner successivement plusieurs créanciers, il devait en « conséquence attendre que le porteur de la grosse réclamât le « paiement. — La situation semblera peut-être plus délicate lors- « qu'il s'agira d'héritiers ou de la veuve acceptant la communauté. « Mais en y réfléchissant bien, on doit reconnaitre que le devoir « de ces personnes est de vérifier par elles-mêmes ou par leurs « représentants légaux les forces actives et passives de la succes- « sion ou de la communauté. En se livrant à cet examen, ils cons- « tateront l'existence d'obligations à ordre. Ils commettront donc « une faute s'ils acquittent leurs dettes sans se faire remettre la « grosse. Ainsi donc ni le débiteur, ni ses ayants cause ne subi- « ront de préjudice. »

On pourra craindre peut-être que le créancier se fasse délivrer plusieurs grosses et que pendant que l'une est entre les mains d'un porteur il présente au paiement celle qui lui reste ou encore qu'il la cède à quelqu'un. L'art. 844 du C. de Procédure répond à cette objection. La seconde grosse ne peut-être délivrée qu'en vertu d'une ordonnance du Président du Tribunal et dans des cas déterminés de telle façon que le débiteur ou la personne à qui l'on voudra transférer le droit déjà cédé sera de la sorte protégée.

L'objection consistant à dire qu'il n'est pas prudent de réunir dans un titre les deux caractères de titre à ordre et d'acte notarié rédigé en minute, que si l'on veut d'un acte notarié ainsi rédigé en minute l'insertion de l'ordre y sera dangereuse, cette objec-

tion, disons-nous, ne porte donc pas. Sous la garantie de la protection du notaire, de la loi et de la justice, grâce aux précautions faciles à prendre dont la plus simple prudence conseillera au débiteur de s'entourer, l'acte rédigé en minute offrira à ce dernier autant de sécurité que l'acte rédigé en brevet et nous ne nous associons pas aux craintes de M. Beudant qui nous dit, dans l'article précité : « Il arrivera souvent qu'ayant stipulé cette « remise, elle ne sera pas effectuée ; et le débiteur qui se sera « libéré aux mains du créancier originaire, dans l'ignorance de « la cession, se trouvera encore obligé au regard du cessionnaire « porteur de la grosse. Si l'extension de l'ordre aux créances « civiles se généralise, ce qui est probable, il serait prudent de « n'admettre la cession par endossement des obligations notariées « qu'autant qu'elles seraient reçues en brevet ; l'art. 20 de la loi « de Ventôse n'admet qu'exceptionnellement la rédaction en « brevet, il faudrait qu'elle fût ici seule autorisée. »

Nous dirons avec M. Pascaud que les lois sont faites pour les « vigilants et non pour les fous » ; du moins pour ces derniers il y a des lois spéciales, mais alors elles ne s'occupent pas de savoir si tel ou tel acte peut être rédigé à ordre lorsqu'il revêt la forme notariée en minute, ou de toute autre question de forme des actes, mais si un acte quelconque peut être accompli par eux. C'est une tout autre question.

# TITRE III

## DE LA TRANSMISSION DES SURETÉS RÉELLES AU MOYEN DE LA CLAUSE A ORDRE ET DE L'ENDOSSEMENT

Avant de terminer notre étude nous avons à examiner la question de la transmission au moyen de l'endossement des sûretés réelles qui garantissent le paiement de la dette constatée par le titre à ordre.

Deux questions peuvent être agitées au sujet de la transmission des hypothèques ou des privilèges (nous parlerons dorénavant des hypothèques seules et ce que nous en dirons s'appliquera aux privilèges) attachés à la créance.

1° L'hypothèque est-elle, en droit, transmissible par simple endossement lorsque la créance est cédée par ce mode de transfert.

2° La transmission de la sûreté par ce moyen ne va-t-elle pas susciter des difficultés de pratique. Remarquons que cette double question ne confine qu'obliquement à notre sujet. Elle n'est pas spéciale au transfert par endossement des seules créances civiles et il est bien évident que tranchées au sujet des effets de commerce ou des créances commerciales, elle le sera par cela même pour les créances civiles. Mais c'est là cependant une question très importante sinon très vaste et nous ne pouvons pas toucher à la théorie de la transmission par endossement de quelque créance que ce soit en la passant sous silence ; il suffit que cette question se rattache à la théorie du transfert par endossement pour qu'en raison de son importance nous en disions au moins quelques mots, encore qu'elle ne soit pas spéciale au problème que nous nous étions proposé de résoudre : le transfert par endossement des créances civiles.

Première Question. — La faculté de transmettre l'hypothèque par le moyen rapide de l'endossement est une cause directe du développement du crédit. Soit en effet une personne dont la créance

à ordre est garantie par une hypothèque. Si cette hypothèque est transmissible comme la créance par le mode rapide de l'endossement, le créancier trouvera bien plus facilement à négocier son titre. Si cette facilité lui fait défaut, il peut être privé jusqu'à l'échéance du montant de sa créance et, dans cette prévision, il refusera au débiteur des délais pour se libérer. Le crédit en souffrira, les capitalistes ne consentiront des prêts qu'à des taux élevés. En 1845 le taux de l'argent s'éleva en fait à 11 et 12 0/0 avec les frais. (1)

Au contraire, si le créancier trouve dans l'endossement, ainsi que nous venons de le dire, les moyens de rentrer facilement dans ses fonds avant l'échéance, il sera beaucoup plus humain envers le débiteur pour le plus grand avantage du crédit, des avances et, partant, de la prospérité générale. Un créancier doit toucher le montant de sa créance dans six mois, le débiteur lui demande au moment de l'échéance six mois de plus. Le créancier qui sait que dans quelques jours, s'il le veut, il peut négocier sa créance à bon prix, grâce à l'hypothèque qu'il pourra transmettre en même temps, ce créancier, disons-nous, accordera le délai demandé, de même que lors du contrat, sachant qu'il pourrait rentrer dans ses fonds quand il le voudrait, ou à peu près, il n'a pas été obligé de demander des intérêts exorbitants.

Aussi le moyen de l'endossement est-il préconisé pour permettre au créancier hypothécaire de toucher les fonds qu'il n'aurait pu encaisser que plus tard, lors de l'échéance. (2)

La question de savoir si l'hypothèque peut-être valablement transmise par voie d'endossement lorsque le titre hypothécaire est à ordre, que cet acte fasse ou non partie intégrante de celui qui constate la créance, (3), cette question ne peut, au point où nous en sommes arrivés, faire de doute pour nous. Même constatée par un titre séparé du titre de la créance dont elle assure le paiement, l'hypothèque est, à nos yeux, un droit cessible par en-

---

(1) Josseau. — *Traité du Crédit Foncier.*

(2) Challamel : *de la cession des créances hypothécaires.*

(3) Il faut supposer, pour que l'hypothèque y puisse être constituée, que ce titre est notarié. Voila une raison de plus d'admettre la combinaison du caractère notarié et de la clause à ordre.

La loi Italienne admet que l'hypothèque peut être constituée par acte sous seing-privé.

dossement pourvu que l'on ait rédigé à ordre l'acte notarié qui la constitue, et si elle fait corps avec le titre de créance, le titre étant à ordre dans son ensemble, elle peut circuler par endossement. L'ordre est, nous le savons, la cause nécessaire et suffisante du transfert d'un droit par endossement ; peu nous importe que ce droit soit mobilier ou immobilier, personnel ou réel. Ce n'est que si le titre hypothécaire est, à la fois, séparé du titre de créance et de plus rédigé à personne dénommée que la transmissibilité de l'hypothèque par l'endossement de la créance seule pourrait ne pas paraître absolument évidente. Mais alors l'article 1692 C. Civ. serait formel pour nous donner raison. Cet article décide que la cession de la créance entraîne cession des sûretés.

Or, du moment que nous avons admis que l'endossement était une cession de créance et que les textes relatifs à l'endossement n'étaient qu'une application du droit commun, nous devons logiquement admettre que l'article 1692 s'applique lorsqu'une créance à ordre, munie d'une hypothèque, est cédée. Nous n'acceptons donc pas la théorie de M. Cabantous (1) prétendant que « la forme « d'effets négociables n'est pas compatible avec les droits réels ou « immobiliers, l'endossement étant sanctionné par la garantie « exorbitante de la solidarité de plein droit » et que rien ne serait plus injuste que de la cumuler « avec la garantie réelle » M. Cabantous ajoute que ce cumul fût écarté par les législateurs de l'an III (2) malgré leurs préoccupations révolutionnaires et qu'il ne

(1) Sirey — 1838 — 1 — 209 —

(2) Donnons une idée de cette loi du 9 messidor an III sur les hypothèques, à laquelle nous faisons allusion au texte. — Cette loi consacrait un système fort original. Le propriétaire d'immeubles pouvait faire, devant le conservateur des hypothèques, une déclaration foncière qui entraînait une constatation officielle de la valeur de son immeuble. Il lui était délivré une cédule pouvant se subdiviser en coupons et formant un titre de garantie hypothécaire essentiellement divisible et fractionnable, mais ne permettant de prendre hypothèque sur l'immeuble que jusqu'à concurrence des 3/4 de la valeur vénale de cet immeuble. Inscription était prise, et si le propriétaire contractait plus tard une obligation qu'il voulût garantir par une sûreté réelle, il remettait à son créancier la cédule hypothécaire, fractionnée ainsi que de besoin et, chose curieuse, la créance était fictivement reportée, quant à son origine, à la date de l'inscription. C'était la date du droit principal qui rétroagissait à celle du droit accessaire. Cette cédule était à ordre. C'est par endossement que l'on en devenait titulaire et le créancier pouvait par ce mode la transmettre à son tour. Tant que le débiteur ne contractait pas d'obligation qui fût garantie par l'hypothèque, il pouvait être considéré comme ayant hypothèque sur lui-même. Quand il l'avait transmise il était lié en vertu d'un engagement qui formait contre lui titre exécutoire.

saurait exister dans le système du Code Civil « si éloigné, dit-il, de toute idée de mobilisation « du sol, si sage et si réservé dans les innovations. »

Trop sage et trop réservé, dirions-nous, si ce code concevait de pareilles timidités. C'est prendre trop de précautions contre la transmissibilité du sol et nous croyons avec M. Troplong (1) que l'hypothèque peut-être valablement transmise par endossement sans que les principes du droit civil, tel qu'il nous les faut comprendre et admettre à l'heure actuelle, soient violés. Aujourd'hui la fortune mobilière a pris un développement qui la rend la rivale victorieuse de la fortune immobilière et pourtant elle circule sans aucune entrave. On peut aliéner par simple remise de la main à la main la somme que l'on veut en titres de rente au porteur, en argent comptant et l'on ne pourrait pas aliéner, éventuellement, par la constitution d'une hypothèque le moindre lopin de terre !

Comme pour la fortune mobilière, liberté doit être apportée à la circulation, dans une mesure raisonnable et utile, de la fortune immobilière. Les lois protègent les prodigues en terres comme elles protègent les prodigues en argent, mais ce sont des lois sur la capacité.

« La circulation plus ou moins rapide, dit M. Troplong (voir la « note 1) de l'hypothèque n'a rien d'inquiétant ; plus au contraire « elle a d'activité, plus il y a de mouvement dans les affaires et « de confiance dans les prêts sur garantie immobilière. Le vice « radical de la loi du 9 Messidor de l'an III était dans la Constitu- « tion même de l'hypothèque et non dans sa transmission. Elle per- « mettait de prendre hypothèque sur soi-même, c'est-à-dire « avant qu'aucune obligation n'eût été contractée par le propriété- « taire envers le tiers. Ce n'était plus l'hypothèque ordinaire que « tout le monde connait, venant s'ajouter à une obligation préexis- « tante et lui donner sanction. Ici l'hypothèque précédait l'obliga- « tion. Elle avait date avant le besoin et par conséquent elle le « faisait naître, elle le sollicitait, elle le poussait jusqu'à l'excès. « On pouvait briser, pour se procurer un crédit d'un instant, tou- « tes les barrières que le droit civil met aux dispositions abusives « de la propriété foncière,.... un joueur pouvait hasarder à la « roulette une cédule hypothécaire représentant son champ pater-

(1) Vente n° 906

« nel comme on y joue une pièce d'or. Mais en quoi peut-on « comparer ce système violent avec une convention hypothécaire « faite conformément aux règles du droit commun, protégée dans « sa naissance par un acte public, déterminée par la nécessité « d'un emprunt dont toutes les conditions ont pu être discutées sans entraînement et avec réflexion ? » Il n'y a pas de ressemblance entre la constitution du droit hypothécaire sous le régime de Messidor et l'endossement « il n'y en a que dans la transmission « de la sûreté hypothécaire établi dans des circonstances si diver- « ses. Mais qu'importe, après tout, puisque ce droit est essentiellement transmissible. »

Au point de vue juridique, et d'une façon générale, il n'y a donc pas, à notre avis, de doute à émettre : l'hypothèque peut être transmise par voie d'endossement qu'elle soit constituée ou non par le titre même qui constate l'acte qu'elle garantit, pourvu, dans le premier cas, que ce titre soit à ordre, et que dans le second, elle le soit elle-même si le titre de créance distinct ne l'est pas.

Nous pouvons donc nous appuyer sur l'article 1692 du C. Civ. et nous référer aux opinions des divers auteurs qui, se basant sur cet article, admettent dans tous les cas que nous avons indiqués la transmissibilité de l'hypothèque par endossement (1).

Deuxième Question — Et maintenant va-t-il y avoir, comme on le prétend, des difficultés pratiques si l'hypothèque se transfère par endossement ? Seront-elles insurmontables ? « Un point qui fait « une sérieuse difficulté, dit M. Troplong, se rencontre lorsque, « par suite d'une sous-aliénation, il y a lieu de purger l'immeuble « grevé d'une hypothèque transmissible par endossement. Il faut « alors concilier la règle qui permet à l'acheteur de payer les cré- « ances non exigibles avec celle qui s'oppose à ce qu'un effet né- « gociable soit payé valablement avant son échéance. Le tiers « détenteur jouit d'une faculté qui lui a été accordée dans l'intérêt

(1) En notre sens : Duvergier T. II n° 212. Troplong, Pascaud, op. cit, et Lyon-Caen et Renault. T III n°s 128 à 130 — Contra Masse, *droit commercial* T. 6. 617. Dalloz, répertoire V° Effets n° 373 et priv. et hyp. n° 1267. La loi belge admet formellement la transmission, par endossement, des hypothèques, et si nous ne pouvons argumenter de cette loi, nous pouvons nous appuyer sur l'art. 12 de la loi du 10 Juillet 1885 sur l'hypothèque maritime, ainsi conçu : « Si le titre constitutif de l'hypothèque est à ordre, sa négociation par voie « d'endossement entraîne la translation du droit hypothécaire. »

« de la propriété. C'est celle de purger l'immeuble et d'acquitter « sur le champ les dettes exigibles et non exigibles (art. 2183 C. « Civ), ce droit, favorable à la libération des immeubles, se trouve « en contradiction avec les principes du droit commercial d'après « lesquels le débiteur ne peut pas anticiper les termes du paie- « ment. — Mais il est évident que le droit civil doit l'emporter ici. « Car en se prêtant à l'adoption des effets négociables pour trans- « mettre les droits hypothécaires, il n'a pu consentir à s'abdiquer « lui-même. C'est aux effets négociables à se plier aux règles fon- « damentales du régime hypothécaire dans lequel ils demandent « accès » (1).

Cette première difficulté n'en est donc pas une. Il faut ici, dans l'intérêt du crédit, trancher une antinomie qui existe entre les deux droits, le droit civil et le droit commercial ; nous la trancherons, avec le célèbre magistrat que nous venons de citer, en faveur du droit civil, car on ne peut bouleverser tout le système hypothécaire, alors qu'on le met à contribution et que l'on reconnaît qu'il est absolument utile de recourir à lui, de permettre à des hypothèques à ordre de se transférer suivant le mode de l'endossement et d'accorder à cette cession les mêmes avantages qu'à une cession ordinaire, où, par la signification, le nouveau titulaire serait connu.

Une autre difficulté pratique provient de la clause à ordre elle-même, de ce fait que l'on est en présence d'un créancier flottant. Le tiers détenteur ainsi que nous venons de l'établir en citant M. Troplong, va se libérer par un paiement actuel. Mais comment pourra-t-il effectuer ce paiement, entre les mains de qui « videra-t-il les siennes » (2). Le tiers porteur du billet muni de l'hypothèque lui est inconnu, il est flottant ; il ne peut aller le chercher pour arrêter par un paiement la circulation du titre, pour faire quittancer, détruire ou émarger le titre. Cette obligation ne saurait lui être imposée. Evidemment, le tiers détenteur ou le débiteur s'il est encore maître de son immeuble, doit chercher à se libérer le plus valablement possible, s'il nous est permis de parler ainsi. C'est ici le lieu de se rappeler que l'art. 2148, § 2, n° 1 C. Civ. prescrit au créancier de faire élection de domicile dans un lieu

(1) Troplong. Eod. loc.
(2) Troplong, Eod. loc.

quelconque de l'arrondissement du bureau. Eh bien, pour payer, il doit inviter le créancier à se faire connaître, pour cela, il doit lui adresser les notifications à fin de purge, et, s'il ne connaît pas le créancier actuel, il n'a qu'à signifier ses offres au domicile élu dans l'inscription (art. 2183 1°). Et quand il s'agira de s'acquitter définitivement, l'art. 2186 donne au débiteur le droit de consigner s'il ne trouve personne entre les mains de qui il puisse valablement se libérer. « En thèse générale, dit M. Troplong, le tiers « détenteur ne connaît que les inscriptions. Quand il a payé les « inscriptions (s'il m'est permis de parler ainsi), il a satisfait à « ses obligations. L'immeuble est libéré et dès lors comment « voudrait-on qu'il eût à s'inquiéter de la question de savoir si les « billets créés pour faire mouvoir l'hypothèque seront ou non « quittancés ou émargés ? Il est possible que ces billets soient en « circulation et qu'on ne puisse pas les représeenter actuellement, « L'acquéreur qui n'a pas fait attendre son paiement ne doit « point attendre sa libération définitive. Cette libération ne doit « pas être retardée surtout par suite d'arrangements particuliers « intervenus entre le créancier en nom et ses cessionnaires. Le « tiers-détenteur a sa quittance en mains, cela suffit pour sa « décharge, c'est aux porteurs du billet à s'arranger comme ils le « veulent. Quant à lui, il n'est plus débiteur. » — MM. Lyon-Caen et Renault (T. 4 n° 129) font aussi remarquer que le tiers porteur n'avait qu'à faire inscrire son nom en marge de l'inscription. C'est à lui donc qu'il doit s'en prendre du préjudice qu'il éprouve (1).

Il n'est pas nécessaire de faire les notifications à fin de purge à la personne ou au domicile des titulaires actuels des créances ; il suffit de les faire aux domiciles élus dans les inscriptions. Le tiers-détenteur fera ses notifications comme si la cesssion n'existait pas, c'est au cessionnaire à prendre ses mesures en conséquence. La jurisprudence est en ce sens.

Seulement nous croyons qu'il ne sera pas mauvais de faire les choses très prudemment et en s'entourant de précautions. Nous

(1) Colmar, 30 décembre 1850 D. 54-2-145. Même langage à peu près que M. Troplong. — Dijon 5 août 1858 5 1859-2-50. Alger 7 mai 1870. D P 71-2-1. Cassation 11 juiliet 1839 S 1-39 I 939. 20 juin 1854 D 1854 1-305. 15 mars 1825.— S.26 — 1-61.

avons dit qu'en droit rien n'empêchait de transmettre par endossement l'hypothèque rédigée à ordre. Par conséquent, elle pourra toujours l'être. Mais, pour éviter toute difficulté autre que celles que nous venons d'examiner et qui n'en sont pas en réalité, il sera prudent de constituer l'hypothèque par le même acte que la créance. De la sorte un titre ne pourra pas voyager sans l'autre. On ne s'exposera pas alors à ce que le créancier primitif, qui aurait gardé entre ses mains la grosse du contrat hypothécaire, vienne à poursuivre le débiteur ou le tiers détenteur et puisse éteindre ainsi le recours du porteur du billet. Et encore il y aurait lieu de se demander si l'hypothèque étant virtuellement transférée par l'endossement de la créance qu'elle garantit, le créancier primitif pourrait éteindre ce recours. Mais enfin, le débiteur sera sage de faire dès l'origine rédiger un titre qui lui donne toute sécurité si l'on adopte ce second parti, qui détournera tout soupçon contre lui de collusion si l'on préfère le premier (1).

Notre tâche est terminée. Elle a été de prouver que l'ordre et l'endossement n'étaient pas réservés uniquement aux actes ou aux effets de commerce, que l'acte civil pouvait revendiquer aussi les avantages que procurent cet ordre et cet endossement. Nous espérons y avoir réussi. Nous aurons montré de la sorte que si les textes de notre code civil et de notre code de commerce sont un peu surannés, l'esprit de nos lois est toujours jeune et peut permettre aux textes de se plier aux heureuses innovations.

Grâce aux travaux de nos auteurs et aux arrêts de nos magistrats, la législation française n'a plus rien à envier au droit Romain ; comme lui elle a son droit prétorien, comme lui elle est sans cesse rajeunie par les reponses des prudents et les décisions de nos magistrats.

---

(1) Les « Handfesten » de Brême sont des titres qui ont quelque analogie avec les cédules hypothécaires de la loi du 9 messidor an III. Seulement elles peuvent, au contraire des cédules créées par cette loi, être délivrées pour un temps illimité (les cédules ne pouvaient l'être que pour 10 ans). La «Handfeste» est la représentation matérielle de l'immeuble fictivement identifié avec le titre et qui se dédouble en quelque sorte. Elle représente sinon le droit, du moins l'objet du droit et, jointe à un billet à ordre, elle garantit la créance par le nantissement de l'immeuble. Le créancier gagiste n'a rien à craindre, il a entre les mains l'objet même de son droit réel, l'immeuble n'est plus hypothécable. La «Handfeste» est à ordre ou au porteur, la terre est aussi en portefeuille elle circule par endossement ou par tradition.

Vu :
*Le Doyen*,
G. BRY.

Vu :
*Le Président de la Thèse*,
AD. BOUVIER-BANGILLON.

Vu et permis d'imprimer :

*Le Recteur*,
BELIN.

*Aix, le 26 Novembre 1900.*

# TABLE DES MATIERES


Pages

INTRODUCTION..... 7

TITRE PREMIER :

La clause à ordre telle qu'elle est..... 11

CHAPITRE PREMIER :

De la nature juridique de la clause à ordre..... 11
§ Ier. Mécanisme de la clause..... 11
§ II. Nature de la clause..... 14
A) Ecole Allemande..... 16
a) Systèmes contractuels..... 26
b) Système de l'engagement unilatéral..... 28
c) Système de la stipulation pour autrui..... 29
B) Ecole Française..... 31

CHAPITRE II :

De l'effet de la clause à ordre..... 39
§ Ier. Endossement-cession..... 39
§ II. Endossement à titre de garantie..... 50
§ III. Endossement à titre de procuration..... 51

TITRE II :

La clause à ordre dans le passé et l'avenir, telle qu'elle a été et telle qu'elle doit être..... 53

SECTION PREMIÈRE :

Historique de la clause à ordre..... 53

SECTION II :

La clause à ordre étendue aux actes civils. — Préliminaires. 65

Pages

Chapitre Premier :

La clause à ordre, insérée dans un acte quelconque, du consentement du débiteur, est évidemment valable et l'endossement produit nécessairement effet entre les parties en cause, endosseur et endossataire..... 71

Chapitre II :

La clause à ordre insérée dans un acte quelconque doit produire effet *erga omnes*, parties contractantes, débiteur cédé et autres tiers..... 75

Chapitre III :

Règles et effets applicables aux actes à ordre visés par la loi et qui doivent appliqués à tous les actes à ordre..... 89

Appendice au Titre II :

Objection spéciale tirée de la pratique..... 97

Titre III :

De la transmission des sûretés réelles au moyen de la clause à ordre et de l'endossement..... 103